

Das Verordnungsrecht im Gewaltenteilungssystem des Grundgesetzes

Dissertation,
vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

von
Wolfgang Sturmhöfel

1964

DAS VERORDNUNGSRECHT
IM GEWALTENTEILUNGSSYSTEM DES GRUNDGESETZES

Dissertation,
vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-
Universität in Mainz



von
Wolfgang Sturmhöfel

Referent: Prof. Dr. K.J.Partsch

Korreferent: Prof. Dr. P.Schneider

Tag der mündlichen Prüfung: 31. Juli 1964

Inhaltsübersicht

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis	V
EINLEITUNG	1
ERSTER TEIL: Die Problematik des Verordnungsrechts im Hinblick auf das Überkommene Gewaltenteilungsschema ..	4
Erster Abschnitt: Die materiellen Funktionen der Staatsgewalt	4
A. Fehlen einer verfassungsgesetzlichen Definition ...	4
B. Bestimmung nach der Überkommenen Funktionenlehre ..	5
I. Normsetzung und Einzelfallentscheidung	5
II. Die Abgrenzungsproblematik	7
1. Generell - individuell	7
2. Abstrakt - konkret	10
Zweiter Abschnitt: Verordnung und Verordnungspraxis ..	11
A. Die Rechtsverordnung	11
I. Notwendigkeit von Rechtsetzungsbefugnissen der Exekutive	11
II. Die dogmatisch unbefriedigende Stellung der Rechtsverordnung	12
III. Quantitative Beschränkung von Verordnungs- ermächtigungen?	15
IV. Ermächtigungen zu gesetzvertretenden Ver- ordnungen?	16
V. Parlamentarische Mitwirkungsvorbehalte in Rechtsverordnungsermächtigungen?	22
VI. Verpflichtung der Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen?	29

	Seite
VII. Die "formelle" Rechtsverordnung	32
B. Die Verwaltungsverordnung	39
I. Die ältere Auffassung: Nichtrechtsnorm	39
II. Rechtsnorm im weiteren Sinne	40
III. Verwaltungsverordnungen als Rechtssätze?	44
 ZWEITER TEIL: Versuch einer Einordnung des Verordnungsrechts in das Gewaltenteilungssystem	 50
Erster Abschnitt: Die grundgesetzliche Gewaltenteilungsbestimmung	50
A. Die traditionelle Funktionenunterscheidung - keine apriorische	50
B. Teleologische Interpretation der Gewaltenteilungsbestimmung	53
I. Der Wandel in der Funktionsweise des Gewaltenteilungssystems	55
1. Wegfall der ständischen Ordnung als der Voraussetzung der klassischen Gewaltenteilungslehre	55
2. Verlagerung auf das funktionelle Moment der Gewaltenteilung	58
II. Grenzziehung zwischen Legislative und Exekutive durch die Legislative selbst	62
 Zweiter Abschnitt: Ergebnisse für das Verordnungsrecht	 68
A. In dogmatischer Hinsicht: Zugehörigkeit des Verordnungsrechts zur Exekutive	68
B. In praktisch-rechtlicher Hinsicht:	72
I. Zulässigkeit gesetzvertretender Verordnungen .	72
II. Keine quantitative Beschränkung von Verordnungsermächtigungen	74

	Seite
III. Die parlamentarischen Mitwirkungs- vorbehalte	75
IV. Zulässigkeit der Verpflichtung zum Erlaß von Rechtsverordnungen	80
V. Keine Verwaltungsverordnungen mit Außen- wirkung	81
SCHLUSSBEMERKUNG	86

Abkürzungsverzeichnis

AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts
AGVwGO	= Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung
Bad.StG	= Staatsgerichtshof für das Land Baden
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BFH	= Bundesfinanzhof
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGB-RGRK	= Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage Berlin 1960
BGH	= Bundesgerichtshof
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	= Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
DRZ	= Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
ESVGH	= Entscheidungssammlung des Hessischen und des Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofs
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
HdbDStR II	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsgg. von Anschütz, Gerhard, und Thoma, Richard, zweiter Band, Tübingen 1932
JZ	= Juristenzeitung
LVG	= Landesverwaltungsgericht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OVG	= Oberverwaltungsgericht
RGBI.	= Reichsgesetzblatt
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung

Literaturverzeichnis

- ANSCHÜTZ, Gerhard: Kritische Studien zur Lehre vom Rechts-
satz und materiellen Gesetz, jur. Diss. Halle 1891
- ARENDT, Karlheinz: Der parlamentarische Vorbehalt in der
Praxis des Wirtschaftsrates (ein Beitrag zur Frage des
schlichten Parlamentsbeschlusses), in: DRZ 1949, S.29 ff.
- BACHOF, Otto: Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung,
in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklich-
keit, Festschrift für Laforet, München 1952, S. 285 ff.
(zit.: Festschrift f. Laforet)
- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
(BVerwGE Band 4 - 12, in: JZ 1962, S. 350 ff.
- BALLERSTEDT, Kurt: Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze,
in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-
Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 369 (zit.: Festschrift f.
Schmidt-Rimpler)
- BALLREICH, Hans: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in
Frankreich, Belgien und Luxemburg, in: Die Übertragung
rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Bd. 12 der wissen-
schaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung
öffentlicher Angelegenheiten e.V., bearb. von Genzer und
Einbeck, Frankfurt/M 1952 (zit.: Übertragung)
- BECKER, Erich: Stand und Aufgaben der Verwaltungswissen-
schaft, in: Festschrift für Friedrich Giese, Frankfurt/M
1953, S. 9 ff. (zit.: Festschrift f. Giese)
- BELLSTEDT, Christoph: Bedürfen Subventionen gesetzlicher
Grundlage?, in: DÖV 1961, S. 161 ff.
- BETTERMANN, Karl August: Grundfragen des Preisrechts für
Mieten und Pachten, Tübingen 1952
- BÜCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: Gesetz und gesetzgebende Ge-
walt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre
bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, Berlin
1958 (zit.: Gesetz)
- DAHM, Georg: Deutsches Recht, Stuttgart und Köln 1951
- DRATH, Martin: Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen
Staatsrecht, in: Faktoren der Machtbildung, Band 2 der
Schriftenreihe des Instituts für politische Wissen-
schaft, Berlin 1952, S. 99 ff.
- DREWS, Bill, und WACKE, Gerhard: Allgemeines Polizeirecht,
Berlin, Köln, München, Bonn 1961
- EHLERMANN, Claus-Dieter: Wirtschaftslenkung und Entschädi-
gung, Heidelberg 1957
- ERMACORA, Felix: Die Organisationsgewalt, VVDStRL H. 16,
S. 191 ff.
- EYERMANN, Erich, und FRÖHLER, Ludwig: Verwaltungsgerichts-
gesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden,
Kommentar, München und Berlin 1950 (zit.: Verwaltungs-
gerichtsgesetz)
- Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München und
Berlin 1960

- FLEINER, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928 (zit.: Institutionen)
- FORSTHOFF, Ernst: Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, in neuer Übertragung eingeleitet und herausgegeben von Ernst Forsthoff, erster Band, Tübingen 1951
- Über Maßnahmegesetze, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 221 ff. (zit.: Gedächtnisschrift f. W. Jellinek)
 - Lehrbuch des Verwaltungsrechts, erster Band, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. München und Berlin 1961
 - Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961 (res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, herausgg. von Ernst Forsthoff, Band 7)
- FRIESENHAHN, Ernst: Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, in: Festschrift für Richard Thoma zum 75. Geburtstag, Tübingen 1950 (zit.: Festschrift f. Thoma)
- Parlament und Regierung im modernen Staat, in: VVDStRL Heft 16, S. 9 ff. (zit.: VVDStRL H. 16)
- GERBER, Hans: Besprechung von Richter, Die Organisationsgewalt, in: AöR Band 13 der Neuen Folge, S. 450 ff. (zit.: AöR Bd. 13 NF)
- GIERKE, Otto von: Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: Schmollers Jahrbuch Band VII, 1883 (zit.: Schmollers Jahrbuch Bd. VII)
- GIESE, Friedrich: Allgemeines Verwaltungsrecht, Vorlesungsgrundriß, 3. Aufl. 1952
- GREWE, Wilhelm: Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, in: DRZ 1949, S. 349 ff. (zit.: DRZ 1949)
- GROSS, Rolf: Zur Auslegung des Art. 107 der Hessischen Verfassung, in: DÖV 1962, S. 54 ff. (zit.: DÖV 1962)
- Organisationsgewalt und Organisationsverordnungen, in: DÖV 1963, S. 151 ff. (zit.: DÖV 1963)
- HAENEL, Albert: Studien zum deutschen Staatsrecht, Bd. II, 2: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1888
- HAMANN, Andreas: Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, Heidelberg 1958
- Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied, Berlin, Darmstadt 1958
- HATSCHEK, Julius: Deutsches und Preußisches Staatsrecht, 2. Band, Berlin 1923

- HAURIOU, Maurice: Principes de Droit public, 2. Aufl. 1916
- HELLER, Hermann: Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, in: VVDStRL Heft 4 (zit.: VVDStRL H. 4)
- HESSE, Konrad: Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959
- HUBER, Ernst Rudolf: Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in: DÖV 1956, S. 97 ff., 135 ff., 200 ff. (zit.: DÖV 1956)
- Wirtschaftsverwaltungsrecht, erster und zweiter Band, 2. Aufl. Tübingen 1953/1954 (zit.: Wirtschaftsverwaltungsrecht I bzw. II)
- HUBER, Hans: Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 59 ff. (zit.: Festgabe f. Giacometti)
- IPSEN, Hans Peter: Öffentliche Subventionierung Privater, Köln - Berlin 1956
- JACOBI, Erwin: Die Rechtsverordnungen, in: HdbDStR II, S. 236 ff. (zit.: HdbDStR II)
- Die Verwaltungsverordnungen, in: HdbDStR II, S. 255 ff. (zit.: HdbDStR II)
- JAHREISS, Hermann: Herrschaft nach dem Maß des Menschen, Heft 9 der Reihe "Kölner Universitätsreden", Krefeld 1951
- Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 119 ff. (zit.: Festschrift f. Nawiasky)
- JELLINEK, Georg: Gesetz und Verordnung, 1887 (Neudruck Tübingen 1919)
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Offenburg 1948
- JESCH, Dietrich: Gesetz und Verwaltung (eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips), Tübingen 1961
- Anmerkung zum Urteil des Bundesfinanzhofs vom 14.8.1958 (JZ 1960, S. 279), in: JZ 1960, S. 282 ff. (zit.: JZ 1960)
- KÄGI, Werner: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945
- KALKBRENNER, Helmut: Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, in: DÖV 1963, S. 41 ff. (zit.: DÖV 1963)
- KAUFMANN, Erich: Artikel Verwaltung, Verwaltungsrecht, in: Stengel/Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 3. Band, 2. Aufl. Tübingen 1914, S. 688 ff. (zit.: Verwaltung, Verwaltungsrecht)

- Diskussionsbeitrag, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Bd. 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., bearb. von Genzer und Einbeck, Frankfurt/M 1952 (zit.: Übertragung)
- KELSEN, Hans: Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien 1960
- KIEFER, Heribert: Die Mitwirkung des Parlaments bei Rechtsverordnungen, Diss. Mainz 1959
- KLEINRAHM, Kurt: Das richterliche Prüfungsrecht bei Rechtsverordnungen, in: DVBl. 1950, S. 298 ff. (zit.: DVBl. 1950)
 - Gesetzgebungshilfsdienst für deutsche Parlamente?, in: AöR Band 40 NF, S. 137 ff. (zit.: AöR Bd. 40 NF)
- KLEIN, Friedrich: Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Bd. 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., bearb. von Genzer und Einbeck, Frankfurt/M 1952 (zit.: Übertragung)
- KÖTTGEN, Arnold: Die Organisationsgewalt, in: VVDStRL Heft 16, S. 154 ff. (zit.: VVDStRL H. 16)
- KRAUSS, Günther: Die Gewaltengliederung bei Montesquieu, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 103 ff. (zit.: Festschrift f. C. Schmitt)
- KRÜGER, Herbert: Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 211 ff. (zit.: Festschrift f. Smend)
 - Kartellamt, Amtsrecht und Gewaltenteilung, in: DöV 1957, S. 686 ff. (zit.: DöV 1957)
- KRÜGER, Hildegard: Die Verfassungswidrigkeit der lex Schörner. Zugleich ein Beitrag zu Art. 19 Abs. 1 S.1 GG, in: DVBl. 1955, S. 758 ff., 791 ff. (zit.: DVBl. 1955)
- KÜSTER, Otto: Das Gewaltenproblem im modernen Staat, in: AöR Bd. 36 NF, S. 397 ff. (zit.: AöR Bd. 36 NF)
- LABAND, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 4. Aufl. Tübingen und Leipzig 1901, und Bd. 1-4, 5. Aufl. Tübingen 1911/1914
 - Deutsches Reichsstaatsrecht, Tübingen 1907 (zit.: Reichsstaatsrecht)
- MANGOLDT, Hermann von: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1. Aufl. Berlin, Neuwied, Darmstadt 1956
 - 2. Aufl., bearb. von KLEIN, Friedrich, Bd. I, Berlin und Frankfurt/M 1957 (zit.: v. MANGOLDT/KLEIN)
- MAUNZ, Theodor: Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch, 10. Aufl. München und Berlin 1961

- MAYER, Otto: Besprechung von Arndt, Das selbständige Verordnungsrecht, in: AÖR Bd. 18, S. 96 ff. (zit.: AÖR Bd. 18)
- MENGER, Christian-Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
- Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in VVDStRL Heft 15, S. 3 ff. (zit.: VVDStRL H. 15)
- MÖRTEL, Georg: Zum Mitwirkungsrecht der Gemeinden bei der Errichtung von Volksschulen, in: BayVBl. 1957, S. 310 ff. (zit.: BayVBl. 1957)
- MORAWITZ, Rudolf: Die parlamentarische Zustimmung zu Rechtsverordnungen der Bundesregierung, Dissertation, Köln 1961
- NAUMANN, Peter: Wirtschaftslenkende Verwaltung, Stuttgart 1959 (res publica, Beiträge zum Öffentlichen Recht, herausgg. von Ernst Forsthoff, Band 2)
- NAWIASKY, Hans, und LEUSSER, Claus: Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, Handkommentar, München 1948 (zit.: NAWIASKY/LEUSSER)
- OBERMAYER, Klaus: Die Rechtsverordnung im formellen Sinn im bayerischen Landesrecht, in: DÖV 1954, S. 73 ff. (zit.: DÖV 1954)
- Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart, München, Hannover 1956 (zit.: Verwaltungsakt)
 - Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes. Kritische Bemerkungen zum Beschluß des BVerfG vom 6.5.1958 über die Vereinbarkeit des § 346 Satz 1 LAG mit dem GG, in: DVBl. 1959, S. 281 ff., 354 ff. (zit.: DVBl. 1959)
 - Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.2.1961 (JZ 1962, S. 62), in: JZ 1962, S. 64 ff. (zit.: JZ 1962)
- PARTSCH, Karl Josef: Parlament und Regierung im modernen Staat, in: VVDStRL Heft 16, S. 74 ff. (zit.: VVDStRL H. 16)
- Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, Tübingen 1958 (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften, Heft 221)
- PETERS, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
- Der Kampf um den Verwaltungsstaat, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, S. 19 ff. (zit.: Festschrift f. Laforet)
 - Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, Köln und Opladen 1954

REDEKER, Konrad, und OERTZEN, Hans-Joachim von: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Münster 1960

RICHTER, Lutz: Die Organisationsgewalt, Verwaltungsreform und Rechtsstaat, Leipzig 1926 (zit.: Die Organisationsgewalt)

SASSE, Christoph: Sind Verkehrszeichen wirklich Rechtsvorschriften?, in: DÖV 1962, S. 321 ff. (zit.: DÖV 1962)

SCHACK, Friedrich: Die gesetzvertretenden Verordnungen, in: DÖV 1962, S. 652 ff. (zit.: DÖV 1962)

SCHEUNER, Ulrich: Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 253 ff. (zit.: Festschrift f. Smend)

- Ausländische Erfahrungen zum Problem der Übertragung rechtsetzender Gewalt, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Bd. 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., bearb. von Genzer und Einbeck, Frankfurt/M 1952 (zit.: Übertragung)
- Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit, in: Wirtschaftliche Öffentliche Verwaltung, Veröffentlichungen der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (KGSt), herausgg. von Badenhoop, Stuttgart 1961, S. 11 ff.

SCHMIDT, Karl: Zur Frage der Weitergeltung "vorkonstitutioneller" Ermächtigungen, in: NJW 1952, S. 1239 ff. (zit.: NJW 1952)

SCHMIDT-BLEIBTREU: Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13.12.1961 (DÖV 1962, S. 103), in: DÖV 1962, S. 105 ff. (zit.: DÖV 1962)

SCHNEIDER, Hans: Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz, in: VVDStRL Heft 8, S. 52 ff. (zit.: VVDStRL H. 8)

- Über Einzelfallgesetze, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 159 ff. (zit.: Festschrift f. C.Schmitt)

SCHNEIDER, Peter: Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: AöR Bd. 43 NF, S. 1 ff. (zit.: AöR Bd. 43 NF)

SCHUNCK, Egon, und DE CLERCK, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Siegburg 1961

SPANNER, Hans: Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 19.7.1962 (DÖV 1963, S. 27 ff.), in: DÖV 1963, S. 29 ff. (zit.: DÖV 1963)

STERN, Klaus: Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, in: JZ 1960, S. 518 ff. (zit.: JZ 1960)

- SÜSTERHENN, Adolf, und SCHÄFER, Hans: Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz mit Berücksichtigung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Koblenz 1950
- THOMA, Richard: Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 165 ff. (zit.: Festgabe f. O.Mayer)
- Die Funktionen der Staatsgewalt, Grundbegriffe und Grundsätze, in: HdbDStR II, S. 108 ff. (zit.: HdbDStR II)
 - Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Rechtsprechung, in: HdbDStR II, S. 221 ff. (zit.: HdbDStR II)
- THON, August: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne mit Beziehung auf die gleichlautende Abhandlung von Dr. Albert Haenel, in: AöR Bd. 5, S. 149 ff. (zit.: AöR Bd. 5)
- TRIEPEL, Heinrich: Delegation und Mandat im öffentlichen Recht. Eine kritische Studie, Stuttgart und Berlin 1942
- ULE, Carl Hermann: Das besondere Gewaltverhältnis, in: VVDStRL Heft 15, S. 133 ff. (zit.: VVDStRL H. 15)
- Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl. München und Berlin 1961
- WEBER, Werner: Die Verkündung von Rechtsvorschriften, Stuttgart und Berlin 1942
- Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951
 - Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 253 ff. (zit.: Festschrift f. C.Schmitt)
- WEHRHAHN, Herbert: Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in: VVDStRL Heft 15, S. 35 ff. (zit.: VVDStRL H. 15)
- WERNICKE, Kurt Georg: Kommentierung des Art. 20 GG im Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg 1950 ff. (zit.: WERNICKE)
- WOLFF, Bernhard: Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, in: AöR Bd. 78 (39 NF), Tübingen 1952/1953, S. 194 ff. (zit.: AöR Bd. 78)
- WOLFF, Hans Julius: Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33 ff. (zit.: Gedächtnisschrift f. W.Jellinek)
- Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. München und Berlin 1961
- ZEIDLER, Karl: Maßnahmegesetz und "klassisches" Gesetz. Eine Kritik. Karlsruhe 1961

E i n l e i t u n g

I. Die überkommene Gewaltenteilungslehre, die Legislative und Exekutive an Hand der Gegensatzpaare Rechtsetzung-Rechtsanwendung und generell-individuell voneinander zu unterscheiden sucht, befindet sich seit dem Fortfall ihrer liberalen Voraussetzung, der Trennung von Staat und Gesellschaft, in einem permanenten Notstand. Die Bereiche von Legislative und Exekutive ließen sich ohne nennenswerte dogmatische Schwierigkeiten nur so lange in der traditionellen Weise bestimmen, als sich die Gesellschaft im wesentlichen in eigengesetzlichen Bahnen bewegte und der Staat sich auf die Abgrenzung der Willenssphären seiner Bürger beschränken konnte. Diese Voraussetzung ist seit 1914 entfallen. Die kriegs- und nachkriegsbedingten Krisen, die die erhöhte Anfälligkeit des modernen technisierten Massenstaats gegenüber jeder Störung des Sozialablaufs eindringlich vor Augen führten, waren der Anstoß zu einer Entwicklung, die inzwischen zu einer laufenden und vom Grundgesetz mit der Verankerung des Sozialstaatsprinzips grundsätzlich sanktionierten Einflußnahme des Staats im wirtschaftlichen und sozialen Bereich geführt hat. Dies hat in doppelter Hinsicht eine Verwischung der traditionellen Grenzen zwischen Legislative und Exekutive bewirkt:

a) Einmal hat das mit der laufenden staatlichen Intervention im Bereich des Wirtschaftlichen und Sozialen verbundene starke Anwachsen der Rechtsetzungsaufgaben zu einer umfangreichen Beteiligung der Exekutive an dieser und damit zu einer Verlagerung der Legislativtätigkeit auf die Exekutive geführt.

b) Zum anderen hat die Art der auf den Staat zugekommenen Rechtsetzungsaufgaben, nämlich ihre Situationsgebundenheit und damit Wechselhaftigkeit, den Gesetzgeber dazu veranlaßt, den Bereich der "klassischen", d.h. der auf die Dauer ausgerichteten, Rechtsnormsetzung zu verlassen und - mit der sog. Maßnahmegesetzgebung - wie die Verwaltung zur Aktion zu schreiten.

Diese Grenzverwischung ist Anlaß genug, das Verhältnis der Staatsgewalten zueinander neu zu durchdenken. Die vorliegende Arbeit will dies an Hand des Verordnungsrechts versuchen, das die bedeutsamste Problematik aus dem Grenzbereich zwischen Legislative und Exekutive birgt und das den Notstand der traditionellen Gewaltenteilungslehre am augenfälligsten macht.

II. Methodisch geht die vorliegende Arbeit aus von einer Gegenüberstellung der verschiedenen Erscheinungsformen des Verordnungsrechts und der Verordnungspraxis mit der überkommenen Staatsfunktionenlehre unter Hervorhebung der sich dabei ergebenden dogmatischen und praktischen Probleme. Deren Lösung erfordert eine Untersuchung der Frage, ob die traditionelle Staatsfunktionenlehre hinsichtlich des Verhältnisses von Legislative und Exekutive nach dem Grundgesetz zwingend ist. Diese Frage wird - das sei hier vorweg bemerkt - verneint. Im Anschluß an diese Untersuchung erfolgt der Versuch einer eigenen Auslegung der grundgesetzlichen Gewaltenteilungsbestimmung. Daran wiederum schließt sich die Lösung der aufgezeigten Einzelprobleme des Verordnungsrechts an.

III. Wenn im folgenden vom Verordnungsrecht die Rede ist, so wird die übliche Einteilung der Verordnungen in Rechtsverordnungen = generelle Vorschriften, die sich an außenstehende, der Verwaltung gegenüber unabhängige Rechtssubjekte wenden, und Verwaltungsverordnungen = generelle Vorschriften, die sich nur an die Glieder der öffentlichen Verwaltungsinstitutionen wenden, zugrunde gelegt. Hinsichtlich der Rechtsverordnungen wird ausgegangen von der üblichen Unterscheidung zwischen einfachen Rechtsverordnungen = solchen, die im Range unter dem förmlichen Gesetz stehen, und gesetzvertretenden Rechtsverordnungen = solchen, die den gleichen Rang und damit die gleiche Wirkkraft wie förmliche Gesetze haben. Ferner wird ausgegangen von der Unterteilung der gesetzvertretenden Rechtsverordnungen in Not- und Ausnahmeverordnungen, Verordnungen des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens sowie

in gesetzändernde und gesetzergänzende Verordnungen¹⁾, wobei die Not- und Ausnahmeverordnungen aus der folgenden Untersuchung von vornherein ausgeschieden werden können. Ihre Aufgabe liegt darin, das Gewaltenteilungssystem zu ersetzen und die Aktionsfähigkeit des Staates zu sichern, wenn in Krisensituationen das Gewaltenteilungssystem funktionsunfähig werden sollte; sie stehen daher außerhalb des Gewaltenteilungssystems und somit außerhalb des Themas dieser Arbeit - abgesehen davon, daß das Grundgesetz sie bislang nicht vorgesehen hat.

1) Zu den Unterscheidungen vgl. KLEIN, Übertragung, S. 39 f.; ferner unten S. 16 ff.

Erster Teil

DIE PROBLEMATIK DES VERORDNUNGSRECHTS IM HINBLICK AUF DAS ÜBERKOMMENE GEWALTENTEILUNGSCHEMA

Erster Abschnitt

Die materiellen Funktionen der Staatsgewalt

A. Fehlen einer verfassungsgesetzlichen Definition

Das Grundgesetz bestimmt in Art. 20 Abs. 2: "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt"¹⁾. Damit bekennt sich das Grundgesetz zum Grundsatz der Gewaltenteilung, wobei freilich Gewaltenteilung im Sinne einer Gliederung der - ungeteilten - Staatsgewalt der Ausübung nach zu verstehen ist²⁾. Das Gewaltenteilungsprinzip kommt ferner in den Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG zum Ausdruck. Schließlich hat es einen besonderen Schutz durch das Abänderungsverbot in Art. 79 Abs. 3 GG erfahren. Da somit jede Ausübung von Staatsgewalt³⁾ unter Beachtung des Gewaltenteilungsgrundsatzes erfolgen muß, erhebt sich die Frage, wie die Tätigkeitsbereiche der drei Gewalten

1) Hervorh.v.Verf.

2) Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 16 I, und BÜCKENFÖRDE, Gesetz, S. 13 Anm. 1, die deshalb die Bezeichnung Gewaltengliederung verwenden. Auch diese ist jedoch nicht korrekt, da nicht in verschiedene Gewalten gegliedert wird, sondern in Funktionen und Funktionsträger, wenngleich auch das Grundgesetz von vollziehender Gewalt spricht (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2 u. 3). Im folgenden werden die gebräuchlichen Bezeichnungen Gewalten und Gewaltenteilung beibehalten.

3) Dabei ist Staatsgewalt nicht nur im engeren Sinne als Befehlsgewalt zu verstehen, vgl. dazu WOLFF, a.a.O.; a.A. JAHREISS, Festschrift f. Nawiaskey, S. 126: "Nur mit der Befehlsmacht hat das Problem der Gewaltenteilung zu tun".

im einzelnen zu bestimmen und voneinander abzugrenzen sind. Das Grundgesetz hat, abgesehen von verschiedenen materiellen Einzelregelungen, das Verhältnis der Gewalten zunächst nur formell ausgestaltet, indem es Exekutive und Rechtsprechung an die von der Legislative erlassenen Gesetze gebunden hat (Art. 20 Abs. 3). Ob darüber hinaus dem Gewaltenteilungssystem eine bestimmte materielle Funktionenverteilung zugrunde liegt, an die auch die Legislative gebunden wäre, darüber läßt sich aus dem Grundgesetz nicht ohne weiteres eine Antwort entnehmen. Aus den Bezeichnungen Gesetzgebung und vollziehende Gewalt als solchen lassen sich materielle Funktionen nicht herleiten. Eine wortgemäße Interpretation der Rechtsprechung ohne einen Rückgriff auf historisch entwickelte Begriffsvorstellungen wäre unbefriedigend. Die Rechtsprechung im materiellen Sinne beschränkte sich dann auf Rechtssprüche im eigentlichen Sinne, d.h. auf verbindliche Aussagen über die Beziehung eines jeweils bestimmten Verhaltens zum Recht¹⁾. Demnach gehörten die Tatbestandsfeststellung, die Verurteilung zu einer Leistung, zu einer Strafe nicht zum materiellen Rechtsprechungsbegriff²⁾. Vor allem aber würde sich die so verstandene Rechtsprechung nicht hinreichend deutlich von der Verwaltung unterscheiden, die ja auch vielfach - bei der sog. gebundenen Verwaltung, z.B. beim Erlaß von Steuerbescheiden - Rechtssprüche in dem genannten Sinne erläßt, indem sie einen Tatbestand unter eine Rechtsnorm subsumiert und die Rechtsfolge autoritativ feststellt³⁾.

B. Bestimmung nach der überkommenen Funktionenlehre

I. Normsetzung und Einzelfallentscheidung

Trotz Fehlens einer ausdrücklichen grundsätzlichen Verfassungsregelung wird auch unter der Geltung des Grund-

1) So der materielle Rechtsprechungsbegriff bei JAHREISS, Festschrift f. Nawiasky, S. 133.

2) Vgl. JAHREISS, a.a.O., S. 133, 134.

3) Vgl. im einzelnen FRIESENHAHN, Festschrift f. Thoma, S. 24 ff.

gesetzes eine materielle Funktionenverteilung vorausgesetzt und diese im wesentlichen im Sinne der Überkommenen Gewaltenteilungslehre¹⁾ vorgenommen.

Nach nahezu einhelliger Auffassung wird unter Gesetzgebung die rechtsetzende Gewalt verstanden, wobei als Rechtsetzung der Erlass von Rechtssätzen als generellen Rechtsnormen angesehen wird²⁾. Der Rechtsetzung wird die im Einzelfall ergehende rechtsanwendende Staats-tätigkeit gegenübergestellt, die sowohl die Exekutive als auch die Rechtsprechung umfaßt und aus der die Rechtsprechung an Hand besonderer Kriterien, über die im einzelnen allerdings die Auffassungen auseinandergehen³⁾, herausgelöst wird⁴⁾. Immerhin gewinnt die Rechtsprechung schon hinreichend klare Konturen, wenn sie etwa bestimmt wird als Entscheidung über rechtliche Streitigkeiten und Strafsachen⁵⁾ oder als Rechtsstreitentscheidung schlechthin⁶⁾, wobei darunter auch die Straßergerichtsbarkeit als "Streit über das Recht des Staates zu strafen" zu fallen hat⁷⁾. Die Exekutive wird

-
- 1) Zusammenfassende Darstellung dieser bei THOMA, HdbDStR II, S. 108 ff.
 - 2) Vgl. THOMA, a.a.O., S. 124, 125 u. 223; BALLERSTEDT, Festschrift f. Schmidt-Rimpler, S. 374, 378, 381; BECKER, Festschrift f. Giese, S. 16; FRIESENHAHN, VVDStRL H. 16, S. 37; OBERMAYER, Verwaltungsakt, S. 46 f.; PETERS, Lehrbuch der Verwaltung, S. 3; WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 17. Kennzeichnend für die Gleichsetzung von gesetzgebender und rechtsetzender Gewalt auch das Weinheimer Tagungsthema des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V.: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Bd. 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts, bearb. v. Genzer und Einbeck, Frankfurt/M., 1952; dort auch die Referate von KLEIN, S. 1 und 79.
 - 3) Vgl. die Nachweise bei MENDER, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 36 ff.
 - 4) Neuerdings wird daher behauptet, die Gewaltenteilung sei im Grunde nur eine Zweiteilung, so JAHRREISS, Festschrift f. Nawiasky, S. 128 ff.; vgl. auch OBERMAYER, a.a.O., S. 46 f.
 - 5) So WOLFF, a.a.O., § 19 I; SCHEUNER, Festschrift f. Smend, S. 278 Anm. 66.
 - 6) FRIESENHAHN, Festschrift f. Thoma, S. 27 f.
 - 7) FRIESENHAHN, a.a.O., S. 44.

negativ im Subtraktionswege bestimmt und bildet somit den umfangreichen Restposten. Soweit die Verwaltung positiv bestimmt wird, etwa als "fortgesetzte planmäßige Erledigung öffentlicher Geschäfte eines öffentlichen Verbandes mit öffentlichen Mitteln"¹⁾ oder als "kontinuierliche Gestaltung in die Zukunft hinein"²⁾, wird zugleich betont, daß der Begriffsumfang "erschöpfend kaum festzustellen" sei³⁾, daß es in der Eigenart der Verwaltung begründet liege, daß sie sich zwar beschreiben, aber nicht definieren lasse⁴⁾.

II. Die Abgrenzungsproblematik

1. Generell - individuell

Bei der Grenzziehung zwischen (generellem) Rechtssatz und Individualakt, die bei der Unterscheidung von Rechtssatz und Verwaltungsakt wegen des unterschiedlich ausgestalteten Rechtsschutzes von eminenter praktischer Bedeutung ist, ist davon auszugehen, daß die generelle Norm die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit rechtlicher Einzelentscheidungen sicherstellen soll⁵⁾. Dies ist nur möglich, wenn sich die Rechtswirkung der Norm nicht schon im Zeitpunkt ihres Erlasses erschöpft, wenn also auch noch in die Zukunft hinein die Rechtsfolgen der Norm durch Konkretisierung ihres Tatbestandes eintreten können.

Damit erweisen sich zunächst alle Anordnungen als Individualakte, die nur gegenüber einer bestimmten Person oder gegenüber einer bestimmten Personenmehrheit rechtserheblich sind, sich also an einen geschlossenen Personenkreis wenden. Eine künftige Tatbestandsverwirklichung ist hier ausgeschlossen. Vielmehr tritt die Verbindlichkeit einer solchen Anordnung erschöpfend im Zeitpunkt

1) GIESE, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 6.

2) FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, S. 7.

3) GIESE, a.a.O., S. 6.

4) FORSTHOFF, a.a.O., S. 1.

5) H.HUBER, Festgabe f. Giacometti, S. 81.

ihres Ergehens ein in dem Sinne, daß der "rechtserhebliche Funke" den Staatsbürger nur im Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung trifft, mag damit auch eine länger wirkende Berechtigung oder Verpflichtung begründet werden¹⁾.

Wird durch eine Vorschrift kein geschlossener Personenkreis betroffen, läßt sie vielmehr auch künftige Tatbestandsverwirklichungen, also potentielle rechtliche Betroffenheiten von Staatsbürgern zu, so kann dies auf eine sehr unterschiedliche Weise geschehen. Die Vorschrift kann auf eine unbegrenzte Geltungsdauer angelegt sein, wie etwa die großen Kodifikationen des bürgerlichen Rechts, des Strafrechts, des Prozeßrechts, so daß die auf Grund der Vorschrift ergehenden Einzelentscheidungen in hohem Maße voraussehbar und berechenbar sind. Sie kann aber auch zur Regelung einer vorübergehenden konkreten Situation ergangen und dabei in ihrer Geltungsdauer so kurz bemessen sein, daß sie nicht mehr in das Rechtsbewußtsein des Bürgers einzudringen vermag und von einer Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der rechtlichen Einzelentscheidungen kaum noch gesprochen werden kann. Vom Wesen der (generellen) Normsetzung bleibt dann in der Tat nicht viel übrig²⁾.

Legt man aber aus diesem Grunde die Grenze zwischen Rechtssatz und Individualakt in diese Vorschriften hinein, läßt man also bei der Bestimmung der Kriterien generell - individuell außer dem persönlichen Bezug auch noch einen sächlichen zu, so ist eine methodisch einwandfreie Grenzziehung nicht möglich³⁾. Dann besteht die von THOMA getroffene Feststellung zu Recht, daß es "zwischen den Polen eines völlig allgemeinen und abstrakten Rechtssatzes (wie etwa dem, daß die Volljährigkeit

1) Vgl. OBERMAYER, Verwaltungsakt, S. 77. Da auf den Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung abzustellen ist, wird die Geschlossenheit eines betroffenen Personenkreises nicht durch die Möglichkeit eines späteren Fortfalls einzelner Adressaten in Frage gestellt.

2) Vgl. JAHRREISS, Festschrift f. Nawiasky, S. 128.

3) Dazu im einzelnen OBERMAYER, a.a.O., S. 74 ff.

mit der Vollendung des 21. Lebensjahres eintritt) und einem völlig individuell-einmaligen Staatsakt (wie etwa dem, der die Einbürgerung eines Ausländers ausspricht, oder eine gegenwärtige Versammlung auflöst, oder eine Miete kündigt, oder einem Beamten Urlaub erteilt) ... eine unendliche Skala minder oder mehr individualisierender Anordnungen" gebe¹⁾.

Demgegenüber hat das Bedürfnis der Praxis nach einer klaren Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Verwaltungsakt (dieser hier in der Erscheinungsform der Allgemeinverfügung) dazu geführt, daß die Zuordnung mehr und mehr nur noch danach vorgenommen wird, ob der Adressatenkreis bei Erlaß der Anordnung ein geschlossener ist oder nicht²⁾. Diese Grenzziehung darf heute als die herrschende bezeichnet werden. Freilich ist damit der Begriff des Rechtssatzes auf äußerste Formalität reduziert³⁾.

1) HdvDStR II, S. 126.

2) So DREWS/WACKE, Allgemeines Polizeirecht, S. 267; EYERMANN/FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Rdnr. 31; FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, S. 184; E.R.HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 305; OBERMAYER, Verwaltungsakt, S. 74 ff., mit eingehender Erörterung des Abgrenzungsproblems; REDEKER/v.OERTZEN, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Rdnr. 10; SCHUNCK/DE CLERCK, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Anm. 2a; ULE, Verwaltungsprozeßrecht, S. 102; LVG Rheinl.-Pf., JZ 51, 372; VGH Stuttgart, DÖV 57, 217; BVerwG, DÖV 59, 439; BayObLG, DÖV 61, 430; OVG Münster, DVBl. 61, 456.

A.A.: BACHOF, Festschrift f. Laforet, S. 315; BETTERMANN, Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten, S. 92; MENGER, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 103; WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 46 VI a; neuerdings SASSE, DÖV 62, 321, 328, unter Hinweis auf zwei Entscheidungen des BVerwG (BVerwGE 12, 87 - "Endiviensalat-Fall" - und DVBl. 61, 247 - Straßensperrung nach § 4 StVO -), die sich aber mit der Abgrenzungsproblematik nicht auseinandersetzen und offenbar nur Rechtsschutzgesichtspunkten der besonderen Fälle Rechnung tragen wollten.

3) Die eine bestimmte Situation regelnden Rechtssätze werden - neben den gesetzlichen Individualanordnungen - von dem neuerdings in der Rechtslehre entwickelten Begriff des Maßnahmegesetzes erfaßt. Vgl. dazu FORSTHOFF, Gedächtnisschrift f. W.Jellinek, S. 221 ff.;

2. Abstrakt - konkret

Meist wird bei der Bestimmung des Rechtssatzes dem Begriffsmerkmal generell noch das Merkmal abstrakt hinzugefügt¹⁾. Das ist überflüssig, soweit damit gesagt werden soll, der durch die generelle Norm (potentiell) betroffene Personenkreis müsse nach abstrakten Merkmalen gekennzeichnet sein; denn etwas anderes ist bei einer generellen Vorschrift gar nicht denkbar. Andererseits schließt aber eine Kennzeichnung nach abstrakten Merkmalen noch nicht die Möglichkeit aus, daß nur eine bestimmte Person oder Personengruppe betroffen ist, daß es sich also in Wahrheit um eine Individualvorschrift handelt. So liegen trotz abstrakter Kennzeichnung der Adressaten Individualanordnungen vor, wenn alle (derzeitigen) Grundstückseigentümer einer Stadt oder alle (derzeitigen) Anlieger einer Straße zu einem bestimmten Handeln verpflichtet werden²⁾.

Soll aber mit der Hinzufügung des Merkmals abstrakt gesagt werden, der Rechtssatz dürfe nicht nur eine konkrete Situation regeln, so läuft das wiederum auf die - überwiegend abgelehnte - Zulassung eines sachlichen Bezuges neben dem persönlichen bei der Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Individualakt hinaus³⁾.

ferner die Referate von MENDER und WEHRHAHN, VVDStRL H. 15, S. 3 ff. und 35 ff.; BALLERSTEDT, Festschrift f. Schmidt-Rimpler, S. 369 ff.; ZEIDLER, Maßnahmegesetz und "klassisches" Gesetz.

- 1) Vgl. etwa THOMA, HdbDStR II, S. 126.
- 2) Beispiele bei OBERMAYER, Verwaltungsakt, S. 79; vgl. auch die Beispiele aus der Bundes- und Landesgesetzgebung bei H.SCHNEIDER, Festschrift f. C. Schmitt, S. 165.
- 3) Vgl. BACHOF, Festschrift f. Laforet, S. 315, der nach dem bestimmten oder unbestimmten Adressaten zwischen individuell und generell, nach dem bestimmten oder unbestimmten Fall zwischen konkret und abstrakt unterscheidet.

Zweiter Abschnitt
Verordnung und
Verordnungspraxis

A. Die Rechtsverordnung

I. Notwendigkeit von Rechtsetzungsbefugnissen der
Exekutive

Infolge der Gleichsetzung von Gesetzgebung und Rechtsetzung kann die Exekutive an sich kein Recht (im Sinne von generellen Normen) setzen. Dem steht aber die Tatsache gegenüber, daß die Verwaltung als "ziel- und zweckbestimmte, ordnende und leistende Sozialgestaltung"¹⁾ eines bestimmten Maßes an Rechtsetzungsbefugnissen bedarf, wenn sie überhaupt funktionsfähig sein soll. Denn nicht alle normierungsbedürftigen Lebensvorgänge lassen sich wirksam durch den ordentlichen Gesetzgeber regeln. Das gilt nicht nur für die vielfältigen, mit der Entwicklung zum technisierten Massenstaat erheblich gewachsenen Aufgaben des Staates auf dem Gebiet des Sicherheits- und Ordnungswesens, deren Erfüllung infolge ihrer Eilbedürftigkeit und oft auch wegen ihrer nur lokalen Bedeutung ohne generelle Normierungsbefugnisse der Verwaltung gar nicht denkbar wäre. Die Notwendigkeit einer umfangreichen Normsetzungstätigkeit der Verwaltung ergibt sich vor allem aus der staatlichen Wirtschafts- und Soziallenkung²⁾, deren Zulässig-

1) BÜCKENFÜRDE, Gesetz, S. 15 Anm. 8.

2) Mit Recht stellt SCHEUNER (Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit, S. 22) fest, daß wir nicht in einem Wirtschaftssystem leben, in welchem der Staat nur durch Eingriffe die gestörte Harmonie wieder zurechtrücke, sondern in einer wirtschaftlichen Ordnung, die durch eine begrenzte, aber erhebliche staatliche Leitung und Lenkung gekennzeichnet werde, so sehr sie im Grundsatz der freien wirtschaftlichen Initiative offenen Raum gewähre - . Dieses Wirtschaftssystem ist soziologisch bedingt: Im Zeitalter der gegen Störungen des Wirtschafts- und Sozialablaufs hochempfindlichen modernen Industriegesellschaft ist die liberale Trennung von Staat und Gesellschaft und infolgedessen ein Wirtschaftssystem des reinen Laissez-faire unmöglich geworden. Im übrigen gab es auch im 19. Jahrhundert keine Ordnung der vollkommenen Nichtintervention, vgl. dazu E.R.HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I, S. 32.

keit unter der grundgesetzlichen Sozialstaatsentscheidung¹⁾ nicht mehr ernsthaft bestritten werden kann²⁾. Die damit auf den Staat zukommenden meist kurzfristigen und an bestimmte wirtschaftliche Lagen gebundenen Rechtsetzungsaufgaben, insbesondere die schnelle Anpassung des Rechts an die wechselhaften wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten kann die Legislative ohne Beteiligung der dynamischeren Exekutive nicht erfüllen³⁾. Schließlich macht auch die mit der Vermehrung der staatlichen Aufgaben anwachsende Fülle von Rechtsetzungsaufgaben eine Beteiligung der Exekutive unumgänglich, wenn nicht die ohnehin schon bestehende Arbeitsüberlastung der Parlamentarier bis zur Funktionsunfähigkeit der Legislative gesteigert werden soll⁴⁾.

II. Die dogmatisch unbefriedigende Stellung der Rechtsverordnung

Notwendigkeit und Bedeutung der Rechtsverordnung als solcher⁵⁾ stehen somit außer Frage. Desgleichen ihre grundsätzliche Zulässigkeit, schon wegen der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG; im übrigen war die Befugnis des Parlaments zur Erteilung von Rechtsverordnungsermächtigungen schon in der Zeit der Weimarer Verfassung, an die das Grundgesetz wieder angeknüpft hat⁶⁾, trotz Fehlens einer ausdrücklichen Verfassungsbestimmung niemals zweifelhaft⁷⁾.

1) Vgl. Art. 15, 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG.

2) Vgl. dazu E.R.HUBER, a.a.O., S. 37; EHLERMANN, Wirtschaftslenkung und Entschädigung, S. 21 ff.; NEUMANN, Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 16.

3) Vgl. dazu NEUMANN, Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 17.

4) Vgl. dazu PARTSCH, VVDStRL H.16, S. 91; dort (S. 76 ff.) auch über die beim Parlament im Gegensatz zu Exekutive bestehenden strukturbedingten Grenzen, die eine beliebige Aufgabenvermehrung nicht zulassen.

5) Von einer möglicherweise gebotenen Differenzierung hinsichtlich der einzelnen Arten der Rechtsverordnung soll hier zunächst abgesehen werden.

6) Vgl. KLEIN, Übertragung, S. 16.

7) Der Meinungsstreit ging lediglich um die Grenzen der

Infolge der von der traditionellen Gewaltenteilungslehre vorgenommenen Gleichsetzung von Gesetzgebung und Rechtsetzung bildet die Rechtsverordnung notwendigerweise eine Durchbrechung der Gewaltenteilung. Obwohl es bereits mißlich ist, ein derart bedeutsames und nicht mehr fortzudenkendes Rechtsinstitut wie das der Rechtsverordnung als Durchbrechung eines Verfassungsprinzips zu qualifizieren und damit in den Geruch des "eigentlich gar nicht Zulässigen" zu bringen, ließe sich dies noch hinnehmen, wenn die Wahrnehmung der staatlichen Rechtsetzungsaufgaben durch das Parlament die Regel, die exekutive Rechtsetzung dagegen die Ausnahme darstellte. Bereits ein flüchtiger Vergleich an Hand der Bundesgesetzblätter der letzten Jahre zeigt jedoch, daß die Rechtsverordnungen sowohl an Zahl als auch dem Umfange nach die förmlichen Gesetze übersteigen¹⁾.

Angesichts dieses Verhältnisses von Gesetz und Verordnung hilft es hier dogmatisch nicht weiter, wenn die traditionelle Gewaltenteilungslehre wegen der mannigfachen - nicht nur bei der Rechtsetzung bestehenden - Durchbrechungen ihrer Funktionenverteilung diese mit dem Hinweis, die Gewaltenteilung sei nirgends rein verwirklicht, nurmehr auf die "Kernbereiche" der Gewalten beschränkt²⁾. Denn versteht man die "Kernbereiche" quantitativ als Hauptmasse des materiellen Bereichs einer jeden Gewalt, so liegt der Kernbereich der Rechtsetzung längst nicht mehr beim Parlament. Eine qualitative Auffassung der "Kernbereiche", die angesichts des in Art. 80 GG aufgestellten inhaltlichen Bestimmtheits-

Ermächtigungsbefugnis; dazu die Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, Berlin und Leipzig 1922.

- 1) Hinzu kommen noch die im Bundesanzeiger (vgl. das Gesetz über die Verkündung von Rechtsverordnungen vom 30.1.1950, BGBI. I S. 23) veröffentlichten Rechtsverordnungen.
- 2) So NAWIASKY/LEUSSER, Erl. zu Art. 5; v. MANGOLDT/KLEIN, S. 599; WERNICKE, Anm. II 2 g zu Art. 20; BVerfGE 9, 279.

erfordernisses von Rechtsverordnungsermächtigungen an sich nahelegt¹⁾, verbietet sich aber - wenn an der traditionellen Funktionenlehre festzuhalten ist - deshalb, weil diese ja gerade die Gesetzgebung mit der Rechtsetzung schlechthin und nicht etwa nur mit der für den Staatsbürger bedeutsamsten gleichsetzt.

Die oben festgestellte dogmatische Unvereinbarkeit von Rechtsverordnung und überkommener Gewaltenteilung läßt sich auch nicht dadurch beseitigen, daß den mannigfachen Durchbrechungen der Gewaltenteilung die besondere Aufgabe zugewiesen wird, eine Gewaltenverschränkung zu bewirken und so einer stärkeren wechselseitigen Durchdringung und damit Hemmung und Kontrolle der Gewalten zu dienen²⁾.

So mögen sich manche Durchbrechungen der Gewaltenteilung dogmatisch rechtfertigen lassen, etwa das Erfordernis parlamentarischer Zustimmung zu bestimmten völkerrechtlichen Verträgen in Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG, nicht aber die Rechtsverordnung. Denn ein Einfluß der Exekutive auf das Parlament und damit eine Hemmungs- und Kontrollwirkung diesem gegenüber tritt durch die Beteiligung an der Rechtsetzung gar nicht ein³⁾. Denn

1) Etwa in dem Sinne, daß die Legislative ihre Führungsstellung bei der Normsetzung bewahren müsse. Hierhin gehört es, wenn das BVerfG (BVerfGE 7, 282, 302) das Erfordernis inhaltlicher Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG dahin auslegt, daß schon aus dem ermächtigenden Gesetz und nicht erst aus der auf dieses gestützten Verordnung erkennbar und vorhersehbar sein müsse, was von dem Bürger gefordert werden kann.

2) So aber v.MANGOLDT/KLEIN, S. 599.

3) Der auch im Verhältnis zur Legislative eingetretene Machtzuwachs der Exekutive hat andere Ursachen, die freilich den Umfang der Ermächtigungspraxis zum Teil bewirkt haben; er beruht vor allem darauf, daß die Erfüllung der Staatsaufgaben, insbesondere die Wirtschaftslenkung, heute ein gewaltiges Spezialwissen erfordert, worin nun einmal die Exekutive mit ihrer Fachbürokratie dem Parlament überlegen ist; dazu im einzelnen PARTSCH, VVDStRL H. 16, S. 76 ff.

einmal entscheidet das Parlament im Einzelfalle frei darüber, ob und - in den von der Verfassung gezogenen Grenzen - in welchem Umfange es Verordnungsermächtigungen erteilt, und zum anderen kann die Legislative kraft ihres Vorranges (Art. 20 Abs. 3 GG) jeden Rechtssetzungsakt der Exekutive durch Gesetz wieder aufheben. Im übrigen läßt sich die Auffassung, daß die Durchbrechungen der Gewaltenteilung als Gewaltenverzahnung dem Gewaltenteilungszweck der wechselseitigen Hemmung und Kontrolle dienen, auch schon deshalb nicht auf die Rechtsverordnung beziehen, weil nach gefestigter rechtsstaatlicher Auffassung das Gesetz, das nach eingehender Beratung im Parlament in einem förmlichen Verfahren beschlossen wird, einen größeren Rechtswert verkörpert als die Rechtsverordnung¹⁾.

III. Quantitative Beschränkung von Verordnungsermächtigungen?

Liegt die herkömmliche Funktionenverteilung auch der grundgesetzlichen Gewaltenteilungsbestimmung zugrunde, so muß die bisherige Ermächtigungspraxis als verfassungsrechtlich unzulässig erachtet werden. Letzteres ist die Auffassung von HAMANN, der die Notwendigkeit der bisher üblichen (quantitativ) umfangreichen Ermächtigungspraxis bezweifelt und meint, es sei die Grundkonzeption des Art. 80 Abs. 1 GG, daß das vollständige, die betreffende Materie erschöpfend regelnde Gesetz die Regel, die Verordnungsermächtigung dagegen die Ausnahme bilden müsse²⁾.

Indessen läßt sich dies schwerlich dem Art. 80 GG unmittelbar entnehmen. Art. 80 GG enthält nach seinem Wortlaut lediglich eine inhaltliche Beschränkung der parlamentarischen Ermächtigungsbefugnis, die verhindern soll, daß der Gesetzgeber zu weitgehende, d.h. nicht mehr überschaubare Ermächtigungen erteilt, die

1) So mit Recht das BVerfG, BVerfGE 7, 282, 302.

2) Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, S. 60 f.

letztlich den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aushöhlen würden¹⁾. Eine Beschränkung der Ermächtigungsbefugnis des Parlaments in quantitativer Hinsicht könnte allenfalls aus dem allgemeinen Gewaltenteilungsprinzip hergeleitet werden. Dabei ist allerdings zu erwägen, ob Art. 80 GG zur Auslegung der grundgesetzlichen Gewaltenteilungsbestimmung herangezogen werden kann derart, daß aus Art. 80 GG die allgemeine Tendenz des Grundgesetzes zu entnehmen sei, daß das Parlament die ihm nach der (im herkömmlichen Sinne verstandenen) Gewaltenteilung obliegenden Aufgaben selbst wahrnehmen und nur in Ausnahmefällen auf die Exekutive abwälzen können solle.

Da eine solche Auslegung der grundgesetzlichen Gewaltenteilungsbestimmung aber nur möglich ist, wenn zum einen - wegen der begrenzten Leistungsfähigkeit des Parlaments²⁾ - die staatlichen Rechtsetzungsaufgaben allgemein und zum anderen diejenigen Rechtsetzungsaufgaben vermindert werden, die das Parlament wegen der Wandelbarkeit der Materie nicht befriedigend zu erledigen vermag, mündet das Problem - da es ja in der Hauptsache die Sozialstaatsaufgaben sind, die zu der umfangreichen Beteiligung der Exekutive an der Normsetzung geführt haben - in die Auseinandersetzung um die Auslegung der grundgesetzlichen Sozialstaatsbestimmung, insbesondere in die Frage, ob diese in unzulässiger Weise ausgeweitet wird³⁾.

IV. Ermächtigungen zu gesetzvertretenden Rechtsverordnungen?

Der Begriff der gesetzvertretenden Verordnung bedarf näherer Erläuterung.

Die gesetzvertretenden Verordnungen werden üblicherweise

1) FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 123.

2) Siehe oben S. 12 Anm. 4.

3) Dieser Auffassung ist FORSTHOFF, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, S. 29 f.

eingeteilt in die - bereits aus dem Thema ausgeklammerten¹⁾ - Not- und Ausnahmeverordnungen, die Verordnungen des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens, die gesetz-ändernden und in die gesetzergänzenden Verordnungen²⁾.

Bei den Verordnungen des vereinfachten Gesetzgebungs-verfahrens handelt es sich um solche, die auf Grund einer Generalermächtigung zur selbständigen Regelung eines ganzen Gebiets oder Gegenstandes ergehen. Die gesetzändernden Verordnungen heben formalgesetzliche Vorschriften auf oder ändern sie ab. Die gesetzergän-zenden Verordnungen schließlich ergänzen ein eine voll-ständige materielle Regelung nicht enthaltendes for-melles Gesetz in der Weise, daß sie neue Berechtigun-gen und Verpflichtungen begründen.

Allen gesetzvertretenden Verordnungen ist gemeinsam, daß sie den gleichen Rang wie formelle Gesetze haben³⁾.

Diese Begriffsbildung krankt, wie B.WOLFF zutreffend bemerkt hat⁴⁾, daran, daß sie zwei wesentliche Merkmale miteinander verbindet, ohne daß diese Verbindung in der Natur der Sache begründet wäre. Denn es ist durchaus möglich, daß ein Gesetz noch keine oder keine vollstän-dige materielle Regelung getroffen hat, sondern die Exekutive dazu ermächtigt, diese Regelung zu treffen, ohne sie zugleich dazu zu ermächtigen, diese Regelung mit dem Rang und der Wirksamkeit von formellen Gesetzen zu treffen⁵⁾.

Der Gesetzesrang von bestimmten Verordnungen folgt also noch nicht daraus, daß sie ein Gebiet ganz oder teilweise

1) Vgl. oben S. 3.

2) Vgl. KLEIN, Übertragung, S. 39 f., sowie die dort an-gegebene Literatur.

3) KLEIN, a.a.O.

4) AÖR Bd. 78, S. 201.

5) B.WOLFF, a.a.O.

selbständig regeln¹⁾). Grundsätzlich ist die Verordnung eine gegenüber dem Gesetz niederrangige Norm. Die Anerkennung von Verordnungen mit Gesetzesrang ist vielmehr nur dort gerechtfertigt und erforderlich, wo die Verordnungen auf formalgesetzliche Vorschriften einwirken; denn eine solche Einwirkung ist nur durch eine den formalgesetzlichen Vorschriften gegenüber gleichrangige, nicht aber durch eine ihnen gegenüber niederrangige Vorschrift denkbar.

Eine Einwirkung auf formalgesetzliche Vorschriften liegt zunächst vor, wenn diese aufgehoben oder geändert werden. Sie liegt aber auch im Falle der Ergänzung vor, wobei Ergänzung allerdings in einem engeren Sinne zu verstehen ist²⁾). Die gesetzergänzenden Verordnungen ergänzen das Gesetz hinsichtlich der dort normierten Berechtigungen und Verpflichtungen, indem sie entweder diese selbst - unter Beibehaltung des vom Gesetz vorgesehenen Adressatenkreises - erweitern, oder aber - unter Beibehaltung des Umfangs der im Gesetz normierten Berechtigungen und Verpflichtungen - den im Gesetz vorgesehenen Adressatenkreis erweitern³⁾, bzw. auch indem sie das Gesetz durch

-
- 1) A.A. SCHACK, DÖV 1962, S. 652/653, der den Gesetzesrang aus der Selbständigkeit der Regelung herleitet.
 - 2) Wörtlich genommen kann der Begriff der gesetzergänzenden Verordnung auch auf Ausführungs- und Durchführungsverordnungen bezogen werden, die zwar keine neuen Berechtigungen und Verpflichtungen begründen, sondern nur die im Gesetz begründeten "differenzieren, spezialisieren, verbessern oder detaillieren" (KLEIN, Übertragung, S. 40), damit aber schließlich auch das Gesetz ergänzen (vgl. auch SCHMIDT, NJW 1952, S. 1239). In einem noch weiteren Sinne ist jede Norm - da sie die Rechtsordnung ergänzt - gesetzergänzend (vgl. B.WOLFF, a.a.O., S. 203).
 - 3) So ermächtigt § 14 des Bundesvertriebenengesetzes (BVFG) vom 19.5.1953 (BGBl. I, S. 201) die Bundesregierung dazu, den Vertriebenen oder Sowjetzonenflüchtlingen weitere Personengruppen, die von Vertreibungs- oder vertreibungsähnlichen Maßnahmen betroffen sind oder werden, gleichzustellen; dazu die VO über die Gleichstellung von aus dem Saargebiet verdrängten Deutschen vom 25.8.1953 (BGBl. I, S. 1074).

Schaffung von Ausnahmetatbeständen einschränken¹⁾). In allen diesen Fällen werden durch die gesetzergänzende Verordnung Berechtigungen und Verpflichtungen normiert, besser: mitnormiert, da dies nicht selbständig und losgelöst von dem zu ergänzenden Gesetz geschieht, sondern im Zusammenwirken mit diesem²⁾.

Die Zuerkennung von Gesetzesrang an bestimmte Verordnungen beruht also darauf, daß sie auf förmliche Gesetze einwirken, diese aufheben, ändern oder ergänzen³⁾. Allein dies ist auch der Grund dafür, daß die Verordnungen des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens zu den gesetzvertretenden Verordnungen gezählt werden; denn mit der Ermächtigung zur selbständigen Regelung eines ganzen Gebiets

-
- 1) Z.B. die auf Grund des § 58 Abs. 1 Nr. 1 des Personenbeförderungsgesetzes vom 21.3.1961 (BGBl. I, S. 241) erlassene VO über die Befreiung bestimmter Beförderungsfälle von den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes vom 30.8.1962 (BGBl. I, S. 601).

In diesen Fällen kann die Grenze zwischen gesetzergänzenden und gesetzändernden Verordnungen fließend werden. Sie läßt sich jedoch klar ziehen, wenn der Begriff der gesetzändernden Verordnung auf solche Verordnungen beschränkt wird, die ein Gesetz ausdrücklich, d.h. in seinem Wortlaut, ändern.

- 2) So beschränkt sich die in Anm. 3 (S. 18) genannte Verordnung darauf, die aus dem Saargebiet vertriebenen Deutschen den Sowjetzonenflüchtlingen im Sinne des § 3 BVFG gleichzustellen. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich für diesen Personenkreis aus dem BVFG selbst. In dieser Erweiterung des gesetzlich normierten Adressatenkreises liegt die Einwirkung auf das Gesetz, die die Verordnung zu einer gesetzvertretenden macht. Würde die der Verordnung zugrunde liegende Ermächtigung dahingehen, sämtliche im BVFG getroffenen Regelungen für andere Personenkreise neu selber zu treffen, so bestünde kein zwingender Grund, der entsprechend erlassenen Verordnung Gesetzesrang zuzusprechen. Hier würde das von SCHACK, DÖV 1962, S. 652/653, zur Begründung des Gesetzesrangs von Verordnungen verwendete Merkmal der Selbständigkeit geradezu zur entgegengesetzten Annahme führen.
- 3) Unrichtig daher SCHMIDT, NJW 1952, S. 1241, der meint, es sei für gesetzvertretende Verordnungen "nur kennzeichnend, daß sie - aktiv - die Norm eines förmlichen Gesetzes modifizieren können, nicht aber, daß sie - passiv - selbst den Vorrang des Gesetzes genießen".

oder Gegenstandes ist in der Regel die Ermächtigung verbunden, alle irgendwie einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen aufzuheben, zu ändern oder zu ergänzen¹⁾).

Die Zuerkennung von Gesetzesrang an gesetzvertretende Verordnungen läßt sich auch nicht dadurch vermeiden, daß man sagt, die Ermächtigung müsse ja nach Art. 80 GG nach Inhalt, Ausmaß und Zweck bestimmt sein, deshalb ändere oder ergänze in Wahrheit gar nicht die Verordnung das Gesetz, sondern dies habe bereits das ermächtigende Gesetz selber getan²⁾. Diese Auffassung verwechselt die Ermächtigung mit dem Gebrauchmachen von der Ermächtigung. Die Ermächtigung zu einer gesetzändernden oder gesetzergänzenden Verordnung kann noch so bestimmt sein, sie ändert oder ergänzt selber das Gesetz nicht. Dies tut erst die auf Grund der Ermächtigung erlassene Verordnung. Die Ermächtigung räumt immer nur die Befugnis zur Änderung oder Ergänzung ein. Macht die Exekutive davon keinen Gebrauch, so verbleibt es bei den Bestimmungen des Gesetzes.

Auf die Frage nach der Zulässigkeit gesetzvertretender Verordnungen als solchen gibt das Grundgesetz keine ausdrückliche Antwort. Nur hinsichtlich der Verordnungen des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens läßt sich aus Art. 80 GG wegen des dort aufgestellten Bestimmtheits-

1) Der Unterschied zwischen den gesetzändernden und gesetzergänzenden Verordnungen einerseits und den Verordnungen des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens andererseits ist daher, wie KLEIN, Übertragung, S. 40, mit Recht bemerkt, kein prinzipieller, sondern ein solcher des Maßes. Es wäre daher klarer, die gesetzvertretenden Verordnungen nur in zwei Gruppen zu unterteilen, nämlich die gesetzändernden und die gesetzergänzenden.

2) So aber B.WOLFF, AöR Bd. 78, S. 201/202, 206. Vgl. dort ferner den Hinweis auf die in der französischen Staatsrechtslehre zur Rechtfertigung von gesetzändernden Verordnungen entwickelte Theorie, Gesetze könnten "delegalisiert", d.h. auf den Rang von Rechtsverordnungen heruntergestuft werden (dazu im einzelnen BALLREICH, Übertragung, S. 337). Sie wird von B.WOLFF für den Bereich des Grundgesetzes mit Recht abgelehnt.

erfordernisses von Rechtsverordnungsermächtigungen entnehmen, daß sie unzulässig sein sollen¹⁾. Im übrigen kann für die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit gesetzvertretender Rechtsverordnungen weder unmittelbar aus Art. 80 GG²⁾ noch aus dem Gewaltenteilungsprinzip etwas hergeleitet werden, wenn man dieses im herkömmlichen Sinne versteht. Denn da die traditionelle Funktionenlehre die Zuordnung einer Staatstätigkeit zur Legislative lediglich danach vornimmt, ob es sich um die Setzung genereller Normen handelt, ohne dabei auch auf deren Rang abzustellen, ergibt sich hiernach keine Möglichkeit, bei der Frage der Zulässigkeit zwischen einfachen und gesetzvertretenden Verordnungen zu differenzieren. Beide sind nach der herkömmlichen Funktionenunterscheidung materiell Gesetzgebung. Beide müssen daher in gleicher Weise entweder unzulässig oder zulässig sein.

Dieses Ergebnis kann schwerlich befriedigen, weil der Gesetzgeber bei der Ermächtigung zu gesetzvertretenden

-
- 1) Das Grundgesetz selbst enthält allerdings eine Ausnahme in Art. 119 GG, wonach die Bundesregierung in Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen bis zu einer bundesgesetzlichen Regelung mit Zustimmung des Bundesrates Verordnungen mit Gesetzeskraft (!) erlassen kann.
 - 2) Eine andere Frage ist, ob Art. 129 Abs. 3 GG zur Auslegung herangezogen werden kann. Nach dieser Bestimmung sind alte, aus der Zeit vor Inkrafttreten des Grundgesetzes stammende Ermächtigungen erloschen, soweit sie zur Änderung oder Ergänzung des ermächtigenden Gesetzes selbst oder zum Erlaß von Rechtsvorschriften an Stelle von Gesetzen ermächtigen. Wenn der Verfassungsgeber damit, wie es das BVerfG, BVerfGE 2, 330, ausgesprochen hat, an die (u.a.) von JACOBI (HdbDStR II, S. 248) vorgenommene Einteilung der Rechtsverordnungen in gesetzvertretende, nämlich den Vorrang des Gesetzes besitzende, und einfache Rechtsverordnungen anknüpfen und die ersteren zum Erlöschen bringen wollte, so läßt sich die Auffassung vertreten, daß damit nicht nur eine Bereinigung gesetzgeberischer Vergangenheit, sondern zugleich auch ein Gebot für die Zukunft erfolgen sollte, so daß Art. 80 GG nur untergesetzliche Verordnungen meint. So in der Tat KLEINRAHM, DVBl. 1950, S. 299; v.MANGOLDT, S. 432; MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, S. 198.

Verordnungen mit der Verleihung des Gesetzesrangs an diese ja doch offensichtlich seine Befugnisse in einem stärkeren Maße überträgt als bei der Ermächtigung zu einfachen Rechtsverordnungen.

V. Parlamentarische Mitwirkungsvorbehalte in Rechtsverordnungsermächtigungen?

In dem Bestreben, die als rechtsstaatlich unerwünscht empfundene Vereinigung von Normsetzung und Normvollzug in einer Hand zu mildern, hat die Gesetzgebungspraxis schon in den vor-grundgesetzlichen Verfassungsepochen¹⁾ in besonders bedeutsam erscheinenden Fällen Verordnungsermächtigungen nur unter Vorbehalt einer bestimmten Mitwirkung des Parlaments oder von Parlamentsausschüssen erteilt. Dabei waren folgende Formen der Mitwirkung üblich:

- a) Kenntnisnahme,
- b) Anhörung,
- c) Zustimmung (Einvernehmen),
- d) Genehmigung,
- e) Anweisung²⁾.

Daran hat nach Inkrafttreten des Grundgesetzes die Gesetzgebungspraxis des Bundes und auch einiger Länder³⁾ angeknüpft.

Zu a): Hierbei sind dem Parlament bzw. dem in der Ermächtigung bestimmten Parlamentsausschuß die Rechtsverordnungen zur Kenntnisnahme vorzulegen, sog. Kenntnisverordnungen⁴⁾, wobei hier nur die Fälle interessieren, in denen

1) Im einzelnen vgl. KIEFER, Die Mitwirkung des Parlaments bei Rechtsverordnungen, S. 3 ff.

2) KIEFER, a.a.O.

3) Soweit ersichtlich nur in Bayern, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz.

4) HATSCHKE, Deutsches und Preußisches Staatsrecht, S. 197.

eine Vorlegungspflicht des Verordnungsgebers vor Erlass der Verordnung besteht¹⁾. Dadurch erhält das Parlament die Möglichkeit, zu der Verordnung noch vor ihrem Erlass Stellung zu nehmen und gegebenenfalls auf ihren Inhalt einzuwirken, wobei freilich diese Einwirkungsmöglichkeit - da die Exekutive hier an die Auffassungen des Parlaments nicht gebunden ist - nur eine politisch-tatsächliche sein kann, die von dem jeweiligen Maß des gegenseitigen Vertrauens und der Zusammenarbeit von Parlament und Regierung abhängt.

Zu b): Die Anhörung des Parlaments oder des Parlamentsausschusses²⁾ unterscheidet sich von der Kenntnismahme nur dadurch, daß an die Stelle des reinen Informationsrechts, das nur die Möglichkeit einer Stellungnahme einräumt, ein Konsultationsrecht tritt. Das Parlament hat nicht nur die Möglichkeit, seine Auffassung zu äußern, sondern es muß darum gefragt werden. Auch hier kann sich die Exekutive allerdings über die Auffassung des Parlaments hinwegsetzen.

Zu c): Im Gegensatz zu den Mitwirkungsformen der Kenntnismahme und Anhörung, bei denen der Verordnungsgeber sich über den Willen des Parlaments hinwegsetzen kann, hat das Parlament im Falle des Zustimmungsvorbehalts - womit nur der Vorbehalt vorheriger Zustimmung gemeint

1) So § 2 Abs. 2 des Gesetzes über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft vom 22.12.1959 (BGBl.I, S. 785): "Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach § 1 Abs. 1 bedürfen der Zustimmung des Bundesrates; sie sind gleichzeitig mit der Zuleitung an den Bundesrat dem Bundestag bekanntzugeben ..". Ferner § 20 Abs. 5 des Gesetzes über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten (Milch- und Fettgesetz) in der Fassung vom 10.12.1952 (BGBl.I, S. 811).

Soweit in Rechtsverordnungsermächtigungen eine Bekanntgabe nach Erlass der Verordnung angeordnet ist (vgl. die Beispiele bei KIEFER, a.a.O., S.6, insbes. Anm. 14), dient dies nicht einer Mitwirkung, die begrifflich immer nur bis zum Erlass der Verordnung möglich ist, sondern einer nachträglichen Kontrolle durch das Parlament.

2) So bestimmte § 2 des Brotgesetzes vom 17.7.1930 (RGBl.I, S. 299), das in seinem § 1 die Zusammensetzung

ist¹⁾ - die Möglichkeit, ihm unerwünschte Verordnungen durch Versagung der Zustimmung zu verhindern und damit auch einen wesentlich stärkeren Einfluß auf den Inhalt der Verordnung zu nehmen. Nichts anderes als ein Zustimmungsvorbehalt ist auch gemeint, wenn in Rechtsverordnungsermächtigungen mitunter bestimmt ist, daß die Verordnung "im Einvernehmen" mit dem Parlament bzw. einem Ausschuß zu erlassen sei²⁾. Dies entspricht sowohl dem Sprachgebrauch, der unter "Einvernehmen" das Einverständnis, also die Einwilligung bzw. vorherige Zustimmung

der bei der Brotherstellung verwendeten Mahlerzeugnisse regelte: "Die Reichsregierung wird ermächtigt, nach Anhörung eines Reichstagsausschusses und eines Reichsratsausschusses die Hundertsätze des § 1 zu ändern, falls es der Ausfall der inländischen Getreideernte erfordert".

- 1) Dies abweichend vom Sprachgebrauch des BGB, wonach der Begriff der Zustimmung sowohl die vorherige Zustimmung (Einwilligung) als auch die nachträgliche (Genehmigung) umfaßt (§§ 183 S. 1, 184 Abs. 1). Daß die vorherige Zustimmung gemeint ist, zeigt schon die Fassung der einschlägigen Vorschriften; Erlaß "mit" oder "unter Zustimmung" ist nur denkbar, wenn die Zustimmung bereits bei Erlaß vorliegt. Beispiele: Art. 3 des Gesetzes zu den Verträgen vom 25. März 1957 zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft vom 27.7.1957 (BGBl. II, S. 753), worin die Bundesregierung ermächtigt wird, mit Zustimmung des Bundestages zur Durchführung der Verträge durch Rechtsverordnung bestimmte Änderungen abgabenrechtlicher und zolltariflicher Bestimmungen vorzunehmen; § 77 Abs. 1 des Zollgesetzes vom 21.6.1961 (BGBl. I, S. 737), wonach die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundestages durch Rechtsverordnung in bestimmten Fällen Zollsätze ändern oder aufheben kann; vgl. ferner die bei KIEFER, a.a.O., S. 20 ff., angeführten Beispiele aus der Gesetzgebung der Länder Bayern, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz, insbesondere über Zustimmungsvorbehalte zugunsten von Parlamentsausschüssen.
- 2) Vgl. LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. 2, S. 99 Anm. 1; MÖRTEL, BayVBl. 1957, S. 311. Als Beispiel für einen solchen Vorbehalt sei hier genannt § 22 des nordrhein-westfälischen Wohnungsgesetzes vom 9.6.1954 (GVBl. S. 205), wonach der Minister für Arbeit, Soziales und Wiederaufbau im Einvernehmen mit dem zuständigen Ausschuß des Landtags die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Rechtsvorschriften erläßt.

versteht¹⁾, als auch der Praxis²⁾, wobei freilich das Wort "Einvernehmen" gegenüber dem auf die starke Position des Parlaments hinweisenden Wort "Zustimmung" das freundlichere ist und die Verständigung zwischen Parlament und Regierung erleichtern mag³⁾.

Zu d): Die Genehmigung bei Rechtsverordnungen darf nicht verwechselt werden mit der Genehmigung des BGB; denn im Gegensatz zu dieser wird sie gegenüber bereits rechts-wirksam gewordenen Akten erteilt oder verweigert. Der Vorbehalt der Genehmigung räumt dem Parlament daher lediglich einen vereinfachten Weg zur Aufhebung von Rechtsverordnungen ein⁴⁾. Mit der Versagung der Genehmigung tritt die bis dahin voll wirksame Verordnung entweder von selbst außer Kraft⁵⁾ oder ist von der Exekutive - wiederum durch Verordnung - außer Kraft zu setzen⁶⁾,

1) Vgl. dazu LABAND, a.a.O.

- 2) So heißt es in der Eingangsformel der auf Grund des in Anm. 2 (S. 24) genannten Gesetzes erlassenen Durchführungsverordnung zum Landeswohnungsgesetz vom 23.6.1954 (GVBl. S. 264): "...wird mit Zustimmung (!) des Wiederaufbauausschusses des Landtags verordnet".
- 3) So zutreffend KIEFER, a.a.O., S. 36.
- 4) JACOBI, HdbDStR II, S. 247; KLEIN, Übertragung, S. 101.
- 5) Vgl. § 8 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Einführung der Verfassung des Deutschen Reiches in Elsaß-Lothringen vom 25.6.1873 (RGBl. S. 161: "Auf Grund dieser Ermächtigung erlassene Verordnungen sind dem Reichstage bei dessen nächstem Zusammentritt zur Genehmigung vorzulegen. Sie treten außer Kraft, sobald die Genehmigung versagt wird". Ein weiteres Beispiel findet sich in § 6 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung vom 30.1.1877 (RGBl. S. 244).
- 6) Vgl. § 12 Abs. 2 der Maß- und Gewichtsordnung vom 30.5.1908 (RGBl. S. 349): "Die auf Grund des Abs. 1 erlassenen Vorschriften sind dem Reichstage, wenn er versammelt ist, sofort, sonst bei seinem nächsten Zusammentritt vorzulegen. Sie sind außer Kraft zu setzen, soweit der Reichstag die Genehmigung versagt". Ferner § 6 Abs. 3 des Gesetzes betreffend den Zolltarif des Deutschen Zollgebiets und den Ertrag der Zölle und der Tabaksteuer vom 15.7.1879 (RGBl. S. 207). Eine förmliche Außerkraftsetzung ist nach HATSCHKE, Deutsches und Preußisches Staatsrecht, S. 203, auch dann erforderlich, wenn das Gesetz darüber nichts ausdrücklich sagt; so das Besoldungsgesetz vom 30.4.1920 (RGBl. S. 805), § 35: "Die Ausführungsbestimmungen zu

wobei beides ex nunc erfolgt¹⁾).

Da das Parlament im Falle des Genehmigungsvorbehalts an der Festlegung des Verordnungsinhalts nicht beteiligt wird, handelt es sich, streng genommen, nicht um einen Fall der Mitwirkung²⁾, wenn man von den Fällen absieht, in denen die Verordnung bei Versagung der Genehmigung ausdrücklich aufzuheben ist und in denen zwar nicht hinsichtlich der aufzuhebenden Verordnung, wohl aber hinsichtlich der Aufhebungsverordnung eine Mitwirkung erfolgt (die im übrigen auch einen Anwendungsfall der unter e) zu erörternden Anweisung darstellt). Gleichwohl ist es gerechtfertigt, den Begriff der Mitwirkung auch auf die Genehmigungsvorbehalte auszudehnen, weil diese, wenn auch nicht den Inhalt der unter dem Vorbehalt erlassenen Verordnungen, so doch aber deren Fortbestand beeinflussen können³⁾.

Zu e): Im Falle des Anweisungsvorbehalts ist die Exekutive zwar beim Erlass der Verordnung - im Rahmen der Ermächtigung - grundsätzlich frei, sie kann aber durch einfachen Beschluß des Parlaments dazu verpflichtet werden, von der Ermächtigung einen bestimmten Gebrauch zu machen. Der Anweisungsvorbehalt kann dahin gehen, daß die Exekutive auf Verlangen des Parlaments überhaupt von der Ermächtigung Gebrauch zu machen hat; dies beläßt zwar der Exekutive die Entscheidung über das "wie" der Verordnung, nimmt ihr aber die Entscheidung über das "ob" und "wann"⁴⁾. Der

diesem Gesetz erläßt der Reichsminister der Finanzen mit Zustimmung des Reichsrats. Sie sind dem Reichstag unverzüglich zur Genehmigung vorzulegen".

- 1) Dies aus Gründen der Rechtssicherheit, dazu im einzelnen KIEFER, a.a.O., S. 38 f.; so auch schon LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd.1, S. 301. A.A. HATSCHKE, a.a.O., S. 202.
- 2) JACOBI, HdbDSt II, S. 247; KLEIN, Übertragung, S.101.
- 3) So auch KIEFER, a.a.O., S. 27.
- 4) KIEFER, a.a.O., S. 43.

Anweisungsvorbehalt kann ferner dahin lauten, daß das Parlament der Exekutive bestimmte Verordnungsinhalte vorschreiben¹⁾ und ihr damit auch die Entscheidung über das "wie" der Verordnung entziehen kann²⁾.

Gegen die Praxis der Mitwirkungsvorbehalte ist jedenfalls von der Gewaltenteilung her³⁾, sofern an der herkömmlichen Funktionenverteilung zwischen Legislative und Exekutive festzuhalten ist, nichts einzuwenden, und zwar auch dann nicht, wenn in Verordnungsermächtigungen nicht die Mitwirkung des Gesamtparlaments, sondern nur die Mitwirkung bestimmter Ausschüsse vorbehalten wird. Denn geht man davon aus, daß alle (generelle) Normsetzung zur ausschließlichen Befugnis der Legislative gehört und daß die Einhaltung der materiellen Funktionenverteilung nach dem Zweck der Gewaltenteilung erforderlich ist, um eine die Freiheit des Bürgers gefährdende Machtkonzentration bei einer der Gewalten zu verhindern, so ist es nur zu begrüßen, wenn da, wo eine Delegation von Befugnissen eines Organs auf ein anderes aus praktischen Gründen unumgänglich ist, das delegierende Organ an der Ausübung der ihm an sich allein zustehenden Befugnisse wenigstens beteiligt bleibt. Dadurch wird schließlich die Durch-

1) Hierher gehören die Fälle, in denen die Ermächtigung bestimmt, daß die auf Grund dieser erlassenen Verordnungen auf Verlangen des Parlaments aufzuheben sind, in denen also Aufhebungsverordnungen zu erlassen sind, vgl. die bei KIEFER, a.a.O., S. 5 u. 6 Anm. 13, angeführten Beispiele; ferner § 27 Abs. 2 Satz 3 des Außenwirtschaftsgesetzes vom 28.4.1961 (BGBl. I S.481), wo bestimmt ist: "Die Rechtsverordnungen sind unverzüglich aufzuheben, soweit es der Bundestag binnen drei Monaten nach ihrer Verkündung verlangt"; dsgl. § 77 Abs. 5 des Zollgesetzes vom 21.6.1961 (BGBl. I, S. 737).

2) KIEFER, a.a.O., S. 43.

3) Zu den sonstigen Argumenten für und wider die parlamentarischen Zustimmungsvorbehalte vgl. unten S.75 ff.

brechung der materiellen Funktionenverteilung nur gemildert¹⁾.

Wenn demgegenüber die Auffassung vertreten wird, daß die parlamentarischen Mitwirkungsvorbehalte unzulässig seien, weil mit der Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen insoweit die Zuständigkeit zur Gesetzgebung auf die Exekutive übergehe und sich nun wieder der Grundsatz der Gewaltenteilung auswirke²⁾, so weicht diese Auffassung schon von der herkömmlichen materiellen Funktionenverteilung ab. Denn wenn gesagt wird, das Gewaltenteilungsprinzip wirke sich nach erfolgter Delegation wieder aus, so bedeutet dies, daß insoweit das Parlament die Funktionenverteilung zwischen sich und der Exekutive vornimmt, daß also insoweit die Funktionenverteilung zwischen Legislative und Exekutive keine materielle, nämlich der Gewaltenteilung und also auch dem Parlament vorgegebene, mehr ist, womit die herkömmliche Zuordnung der Rechtsnormsetzung zur alleinigen Befugnis der Legislative aufgegeben ist.

Diese Prämisse, von der die Befürworter der Mitwirkungsvorbehalte ausgehen, ist allerdings auch äußerst zweifelhaft. Eine Notwendigkeit, die Rechtsetzung in jedem Falle

1) So ARENDT, DRZ 1949, S. 29 ff.; KLEIN, Übertragung, S. 100 ff.; SÜSTERHENN/SCHÄFER, Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Art. 110, Anm. 2 b; so ferner die zweite Arbeitsgruppe der Weinheimer Tagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, vgl. Nr. 2 der von DÖRR als Berichterstatter vorgetragenen Thesen, Übertragung, S. 192 ff.; die gleiche Auffassung schließlich vertrat auch der Vermittlungsausschuß in dem Streit um die Zulässigkeit des § 4 des Zolllarifgesetzes vom 16.8.1951 (BGBl. I, S. 527), in dem ein Zustimmungsvorbehalt enthalten war, vgl. ARNDT als Berichterstatter des Vermittlungsausschusses im Bundestag und im Bundesrat, Sitzungsberichte des Bundestages S. 6220 D - 6221 B, des Bundesrates S. 476 B - 477 A; ferner das BVerfG, BVerfGE 8, 274, 321.

2) So LAFORET in seinem zu dem bereits erwähnten Streit um § 4 des Zolllarifgesetzes von 1951 erstatteten Gutachten, Anl. 1 zum Kurzprotokoll der 93. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages am 14.3.1951 (zit. bei KIEFER, a.a.O., S. 54).

zur Zuständigkeit des Parlaments zu rechnen, ist jedenfalls vom Zweck der Gewaltenteilung her nicht anzuerkennen. Denn unter der Geltung des Art. 80 GG, wonach nach der strengen Auslegung durch das BVerfG "die Ermächtigung so genau bestimmt sein muß, daß schon aus ihr und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung erkennbar und vorhersehbar sein muß, was von dem Bürger gefordert werden kann"¹⁾, ist nicht ersichtlich, inwiefern derart inhaltlich beschränkte Rechtsetzungsbefugnisse bei der Verwaltung zu einer die Freiheit des Bürgers gefährdenden Machtkonzentration führen könnten. Erweist sich die herkömmliche Gleichsetzung von Gesetzgebung und Rechtsetzung als nach dem Grundgesetz nicht mehr zutreffend, so ist in der Tat die Zulässigkeit von parlamentarischen Mitwirkungsvorbehalten nach dem Gewaltenteilungsprinzip keineswegs mehr so selbstverständlich, wie dies bisher den Anschein hatte.

VI. Verpflichtung der Exekutive zum Erlaß von Rechtsverordnungen?

Mit der herkömmlichen Funktionentrennung ist bereits die Frage präjudiziert, ob der Exekutive nur eine Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen erteilt oder ob ihr auch eine Verpflichtung dazu auferlegt werden kann. Denn ist die Verordnungsgebung delegierte Gesetzgebung, so wird die Exekutive beim Erlaß von Rechtsverordnungen als Gesetzgeber tätig und muß demgemäß auch (im Rahmen der delegierten Zuständigkeit) die Freiheit des Gesetzgebers²⁾ haben, nämlich die Freiheit, nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden zu dürfen, ob eine Rechtsnorm zu erlassen ist oder nicht³⁾.

1) BVerfGE 7, 282, 302; vgl. auch BVerfGE 2, 307, 334.

2) Von dem Problem der Bindung des Gesetzgebers durch Verfassungsaufträge kann hier abgesehen werden; dazu KALK-BRENNER, DÖV 1963, S. 41 ff.

3) Vgl. etwa SCHMIDT-BLEIBTREU, DÖV 1962, S. 105: "Hiernach verpflichtet eine Ermächtigung die Exekutive regelmäßig nur, nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, ob eine Rechtsverordnung zu erlassen ist. Ihr - der

Hiernach bleibt dem Parlament - wenn es eine Regelung für erforderlich hält, die Exekutive aber von der Ermächtigung keinen Gebrauch macht - nichts weiter übrig, als die Regelung (durch Gesetz) selber zu treffen. Das ist schon deshalb mißlich, weil die gewünschte Entlastung des Parlaments nicht erreicht wird. Vor allem aber, weil es sich um Regelungen handeln kann, zu deren Erlaß das Parlament gar nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten in der Lage wäre¹⁾. Die Regelung würde dann zumeist unterbleiben müssen²⁾.

Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 13.12.1961³⁾ - ohne allerdings auf die sich aus der Funktionenlehre ergebende Problematik einzugehen - eine Verpflichtung der Exekutive zum Erlaß von Rechtsverordnungen bejaht. Dies sogar im Falle des § 126 Abs. 2 und 2 des Bundesentschädigungsgesetzes (BEG) i.d.F. vom 29.6.1956 (BGBl. I, S. 559), wo eine ausdrückliche Verpflichtung der Exekutive zum Erlaß von Rechtsverordnungen gar nicht enthalten ist⁴⁾. Das Bundesverfassungsgericht führt

Exekutive - obliegt es dabei a l l e i n, die hierzu gebotenen wirtschaftlichen und politischen Überlegungen anzustellen und hieraus nach e i g e n e m Ermessen die notwendigen Konsequenzen zu ziehen".

- 1) Etwa wegen der Wandelbarkeit oder nur örtlichen Bedeutung der zu regelnden Materie, vgl. die unten auf S.73 Anm. 1 genannten Beispiele; besonders interessant ist die dort genannte Bestimmung des § 3 c des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes i.d.F. vom 23.6.1960 (BGBl. I, S. 418), wonach die Aufhebung der Wohnraumbewirtschaftungsgebiete entsprechend der jeweiligen Wohnraumlage durch Rechtsverordnungen der Landesregierungen erfolgen "soll" (!).
- 2) Besonders unerfreulich ist das Unterbleiben des Verordnungserlasses, wenn das ermächtigende Gesetz selbst nur kraft der Verordnung vollziehbar wird, wie z.B. in dem von KALKBRENNER (a.a.O., S.50) angeführten Fall des Ersten Überleitungsgesetzes i.d.F. vom 28.4.1955 (BGBl. I, S. 193), wo die auf Grund des § 1 Abs. 1 Nr. 8 zu erlassende sog. "Pflegesatzverordnung" zur Festsetzung der Pflegesätze für Krankenanstalten der Kriegsopferversorgung noch (seit 1955!) aussteht.
- 3) BVerfGE 13, 248 = DÖV 1962, S. 103.
- 4) § 126 Abs. 1 BEG ermächtigt die Bundesregierung, zur Durchführung des Gesetzes Rechtsverordnungen über die

aus: "Weder Abs. 1 noch Abs. 2 des § 126 BEG verpflichten die Bundesregierung ausdrücklich, von der Ermächtigung Gebrauch zu machen. Für § 126 Abs. 1 ergibt sich aber eine solche Verpflichtung daraus, daß ohne diese Durchführungsbestimmungen die Entschädigungsregelung des BEG nicht praktikabel ist. Der in beiden Absätzen in gleicher Weise gebrauchte Ausdruck "Ermächtigung" muß also nicht notwendig im Sinne völliger Freiheit der ermächtigten Stelle verstanden werden. Wird aber für den Fall, daß eine gesetzgeberische Maßnahme zugunsten einer bestimmten Gruppe ergeht, die Exekutive ermächtigt, eine andere Gruppe entsprechend zu begünstigen, so wird diese Ermächtigung in der Regel den Sinn haben, daß von ihr Gebrauch gemacht werden soll"¹⁾.

Entschädigung wegen Schadens im beruflichen Fortkommen zu erlassen. § 126 Abs. 2 BEG bestimmt: "Die Bundesregierung wird ferner ermächtigt, durch Rechtsverordnung die monatlichen Höchstbeträge der Rente nach § 83 Abs. 2, § 95 Abs. 2 angemessen zu erhöhen, wenn sich die Dienst- und Versorgungsbezüge der Bundesbeamten auf Grund gesetzlicher Vorschriften erhöhen".

1) A.a.O., S. 104.

VII. Die "formelle" Rechtsverordnung

Ist Rechtsetzung nach der überkommenen Auffassung die Setzung genereller Normen, so muß die Rechtsverordnung als übertragene Rechtsetzung ebenfalls generelle Normen enthalten. Ebenso aber, wie der Gesetzgeber zahlreiche Individualgesetze erlassen hat, ohne dazu jeweils durch eine besondere Verfassungsbestimmung ermächtigt worden zu sein¹⁾, hat er auch Ermächtigungen zu individuellen

-
- 1) Stellt man bei der Bestimmung, ob eine Vorschrift generell oder individuell ist, entsprechend der herrschend gewordenen Grenzziehung auf den (offenen oder geschlossenen) Adressatenkreis ab, so sind auch alle die Gesetze als Individualgesetze anzusehen, deren Rechtsfolgen an in der Vergangenheit liegende, künftig nicht mehr erfüllbare Tatbestandsmerkmale geknüpft sind; denn der betroffene Personenkreis ist hier notwendigerweise (im Zeitpunkt des Erlasses!) geschlossen. Solche Gesetze sind insbesondere: Das Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges (Bundesversorgungsgesetz) vom 20.12.1950 (BGBl. I, S. 791); das Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes vom 11.5.1951 (BGBl. I, S. 291); das Altsparrerergesetz vom 14.7.1953 (BGBl. I, S. 495); die Straffreiheitsgesetze vom 31.12.1949 (BGBl. I, S. 37) und vom 17.7.1954 (BGBl. I, S. 203); das Allgemeine Kriegsfolgengesetz vom 5.11.1957 (BGBl. I, S. 1747); ebenfalls an einen geschlossenen Personenkreis wendet sich das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen i.d.F. vom 21.8.1961 (BGBl. I, S. 1578), jedoch beruht es auf dem besonderen Verfassungsauftrag des Art. 131 GG. Individualgesetze sind ferner: Das Gesetz über die Rechtsstellung der in den ersten Deutschen Bundestag gewählten Angehörigen des öffentlichen Dienstes vom 11.5.1951 (BGBl. I, S. 297); die Gesetze über die Verlängerung der Wahlperiode der Betriebsräte vom 8.1.1953 (BGBl. I, S. 1) und vom 20.3.1953 (BGBl. I, S. 57) und der Personalvertretungen vom 20.3.1953 (BGBl. I, S. 108), vom 29.3.1954 (BGBl. I, S. 47), vom 25.12.1954 (BGBl. I, S. 507) und vom 28.6.1955 (BGBl. I, S. 365); die Sonderzulagengesetze vom 2.12.1955 (BGBl. I, S. 733) und vom 16.11.1956 (BGBl. I, S. 854), durch die den Rentenempfängern, soweit sie für den Monat Dezember 1955 bzw. 1956 Anspruch auf Rente hatten, eine Sonderzulage gewährt wurde; das Gesetz über den Aufruf der Gläubiger der I.G. Farbenindustrie AG in Abwicklung vom 27.5.1957 (BGBl. I, S. 569); das Landwirtschaftszählungsgesetz 1960 vom 13.4.1960 (BGBl. I, S. 217); das Handelszählungsgesetz 1960 vom 27.5.1960 (BGBl. I, S. 313); das Gesetz über die Regelung der Rechtsverhältnisse bei der Volkswagenwerk GmbH vom 9.5.1960 (BGBl. I, S. 301).

Rechtsverordnungen erteilt¹⁾. Damit ist die überkommene Trennungslinie zwischen der Gesetzgebung als der Setzung genereller Normen und der Verwaltung als der "Verwirklichung der Staatszwecke für den Einzelfall"²⁾ in der Praxis weiter verwischt worden.

Die Notwendigkeit zunächst von Individualgesetzen ergibt sich aus den soziologischen Verhältnissen des modernen Industriestaats. Die fortschreitende Technisierung, das immer enger werdende Zusammenleben der Menschen in der

Teilweise individuell ist das Gesetz über die Investitionshilfe der gewerblichen Wirtschaft vom 7.1.1952 (BGBl. I, S. 7), insoweit nämlich, als gemäß § 2 der in § 1 vorgesehene Investitionshilfefonds von 1 Milliarden DM von den Gewerbebetrieben aufzubringen ist, die am 1.1.1951 bestanden haben oder 1951 neu gegründet wurden; dagegen ist der Kreis der Begünstigten offen. Teilweise Individualgesetze sind ferner: Das Gesetz über den Lastenausgleich vom 14.8.1952 (BGBl. I, S. 446); das Bundesvertriebenengesetz vom 19.5.1953 (BGBl. I, S. 201); das Schwerbeschädigtengesetz vom 16.6.1953 (BGBl. I, S. 389); das Bundesevakuiertengesetz vom 14.7.1953 (BGBl. I, S. 586).

- 1) Vgl. die zahlreichen in den vorgenannten Gesetzen enthaltenen Rechtsverordnungsermächtigungen. Dazu seien hier nur genannt die auf Grund des § 14 des Bundesvertriebenengesetzes erlassene Verordnung über die Gleichstellung von aus dem Saarland verdrängten Deutschen vom 25.8.1953 (BGBl. I, S. 1074) und die auf Grund des § 31 des Bundesvertriebenengesetzes erlassenen Umsiedlungsverordnungen vom 19.1.1955 (BGBl. I, S. 33) und vom 5.6.1956 (BGBl. I, S. 490), die bestimmte Länder zur Aufnahme einer bestimmten Anzahl von Flüchtlingen verpflichteten. Zu individuellen Verordnungen ermächtigt auch das Gesetz vom 21.7.1954 (BGBl. I, S. 213), durch das die Landesregierungen ermächtigt werden, durch Rechtsverordnung die Wahlperiode der ehrenamtlichen Mitglieder der Finanzgerichte bis zum Inkrafttreten des in Art. 108 Abs. 5 GG vorgesehenen Gesetzes über die Finanzgerichtsbarkeit zu verlängern. Vgl. ferner die auf Grund des § 18 Abs. 1 Nr. 3 des Umsatzsteuergesetzes in der Fassung vom 1.9.1951 (BGBl. I, S. 791) erlassene Verordnung betreffend die Besteuerung der entflochtenen Unternehmen der Stahl- und Eisenindustrie auf dem Gebiet der Umsatzsteuer vom 10.2.1953 (BGBl. I, S. 17); die auf Grund des § 18 Abs. 1 Nr. 4 UStG erlassene Verordnung über die umsatzsteuerliche Behandlung der aus der Entflechtung der I.G. Farbenindustrie AG entstandenen (namentlich aufgeführten) Nachfolgegesellschaften und ihrer Tochtergesellschaften vom 7.2.1957 (BGBl. I, S. 29).

- 2) PETERS, Lehrbuch der Verwaltung, S. 5.

Massengesellschaft haben zu einer erhöhten Anfälligkeit des Wirtschafts- und Sozialgefüges geführt, die nun einmal in bestimmtem Umfange lenkende und ausgleichende, koordinierende Maßnahmen des Staates erforderlich macht. Diese lassen sich zumeist nicht mittels dauerhafter Normen vornehmen; denn das wesentliche Merkmal dieser Maßnahmen ist ihre Abhängigkeit von den Gegebenheiten des Augenblicks¹⁾. Für diese nicht dauerhaften Regelungen, die einem vorübergehenden Zweck dienen und nach Erreichung dieses Zwecks gegenstandslos werden und die sowohl individuell wie auch generell in dem formalistischen Sinne der herrschenden Terminologie sein können, hat die Staatsrechtslehre den Begriff des Maßnahmegesetzes geschaffen²⁾.

-
- 1) Vgl. dazu FORSTHOFF, Festschrift f. W. Jellinek, S. 222, der zutreffend ausführt, daß die Beschränkung des Gesetzgebers auf generelle Normen die Trennung von Staat und Gesellschaft voraussetze: "Denn nur wenn die Gesellschaft autonom ist, das heißt, wenn das gesellschaftliche Leben in sich selbst ruht und durch die ihm immanenten Kräfte bewegt wird, hat es der Staat in der Hand, sich auf die Normierung genereller Regeln zu beschränken und die Staatstätigkeiten in dem Rahmen der Gesetze wirksam werden zu lassen. Diese Voraussetzungen sind mit dem ersten Weltkrieg entfallen".

Zu dem letzteren Satz ist allerdings zu bemerken, daß die Herrschaft des generellen Gesetzes auch vorher nie unangefochten war. Vielmehr läßt sich die Auseinandersetzung um den Gesetzesbegriff und um die Frage, ob die Generalität Wesensmerkmal des Gesetzes ist, bis in die Antike zurückverfolgen, wenngleich auch die Problematik mit dem ersten Weltkrieg eine besondere Bedeutung erlangt hat. Vgl. dazu insbesondere G. JELLINEK, Gesetz und Verordnung, der dort (S. 38) auf die von Aristoteles in Anlehnung an die attischen Verfassungseinrichtungen vorgenommene Gegenüberstellung von "nomos" als einer dauernden Rechtsregel und "pséphisma" als eines der Gerechtigkeit im Einzelfall dienenden Volksschlusses hinweist. Vgl. ferner BÜCKENFÜRDE, Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Hier sei nur noch darauf hingewiesen, daß LABAND, der Begründer des doppelten Gesetzesbegriffs, keineswegs die notwendige Generalität des Gesetzes postuliert hat. Die Allgemeinheit ist nach ihm zwar ein regelmäßiges Kennzeichen, ein "naturale", nicht aber ein "essentielle" des Gesetzesbegriffs (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 4. Aufl., S. 2).

- 2) Vgl. die Literaturhinweise oben S. 9 Anm. 3; ferner HAMANN, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 35 ff.

Diese, wie sich auch in der Begriffsbildung zeigt, einheitliche Erscheinung bei der Frage der Zulässigkeit unterschiedlich zu behandeln je nachdem, ob es sich um generelle oder um individuelle Maßnahmegesetze handelt, ist nicht angängig. Denn es ist nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber, wenn er überhaupt berechtigt ist, in den Wirtschafts- und Sozialablauf einzugreifen, insbesondere wirtschaftliche und soziale Fehlläufe zu korrigieren, daran gehindert sein sollte, wenn ein solches Korrekturbedürfnis zufällig nur in oder gegenüber einer geschlossenen Personenzahl oder gar nur einer Einzelperson entstanden ist. Die - nur vereinzelt vertretene - gegenteilige Auffassung¹⁾ wird dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes²⁾ nicht gerecht³⁾, das, wie E.R.HUBER

1) HAMANN, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S.36; Hildegard KRÜGER, DVBl. 1955, S. 758 ff., 791 ff., die aus dem Verbot grundrechtseinschränkender Individualgesetze in Art. 19 Abs. 1 GG auch das grundsätzliche Verbot sonstiger Individualgesetze herleitet; m.E. rechtfertigt sich eher der Umkehrschluß aus dieser Bestimmung.

HAMANN, a.a.O., S. 47, erklärt allerdings die zur Beseitigung der Folgen des zweiten Weltkrieges ergangenen Gesetze als durch die Sozialstaatsklausel legitimiert. Offenbar ist er geneigt, den Begriff des Generellen noch weiter zu fassen, als es die heute übliche Terminologie ohnehin schon tut, etwa im Sinne von H.SCHNEIDER, Festschrift f. C.Schmitt, S. 166: "Wenn z.B. ein Gesetz von 1958 anordnen würde, daß alle im Jahre 1950 geborenen Kinder geimpft werden müssen, so wäre der Kreis der hiervon Betroffenen vielleicht groß, aber doch bestimmt, nicht nur bestimmbar. Es leuchtet aber ein (!), daß dies kein Individualgesetz, sondern eine generelle Norm ist, weil eine ganze Gruppe von Personen als Angehörige dieser Gruppe erfaßt wird".

2) Vgl. Art. 15, 20 Abs. 1, 28 Abs. 1.

3) Dies müßte sich auch für HAMANN nach seinen Ausführungen ergeben, wo es heißt (a.a.O., S. 47): "Aus dem Sozialstaatsprinzip leitet sich der Gedanke der Gefahren- und Risikogemeinschaft ab: Die Auswirkungen der durch das Verhalten, insbesondere die Politik der organisierten Gemeinschaft des Staates geschaffenen Risiken dürfen im Sozialstaat nicht den zufällig unmittelbar Betroffenen belasten - diese Folgen muß der Sozialstaat ausgleichen, d.h. gerecht verteilen". - Wie er dies aber ohne die Befugnis zum Erlaß entsprechender Gesetze tun könnte, ist nicht ersichtlich, zumal HAMANN sich auch gegen eine Beschränkung des

überzeugend dargetan hat, nicht ein "substanzloser Blankettbegriff"¹⁾ ist, sondern durchaus ein Rechtsbegriff, dessen Auslegungsschwierigkeiten und -gefahren, nämlich einer uferlosen Ausweitung ins Absolute und Totale, man nicht mit der Methode der "Nullifizierung", d.h. der Leugnung der Rechtsatzmäßigkeit und Rechtsbegrifflichkeit begegnen kann²⁾. Immerhin bleiben die Individualgesetze, auch wenn man sie für zulässig hält³⁾, nach der herkömmlichen Funktionenlehre

Gesetzesvorbehalts auf die Eingriffsverwaltung (so das BVerwG in BVerwGE 6, 282) wendet und eine gesetzliche Grundlage für jedes Verwaltungshandeln - also auch für die gewährende Verwaltung - für erforderlich hält (a.a.O., S. 41).

Das BVerfG hat bei Gelegenheit der Nachprüfung des Investitionshilfegesetzes in seinem Urteil vom 20.7.1954 in BVerfGE 4, 7, 19, lediglich ausgesprochen, daß die Wirtschafts- und Soziallenkungsaufgabe des Staates grundsätzlich auch die Möglichkeit einschließe, "Gesetze im Interesse einzelner Gruppen zu erlassen", ohne auf die Gewaltenteilungsproblematik einzugehen. Mit der Anerkennung der Verfassungsmäßigkeit des Investitionshilfegesetzes hat das BVerfG jedenfalls die Zulässigkeit einer gesetzlichen Belastung einer geschlossenen Personenzahl bejaht.

- 1) GREWE, DRZ 1949, S. 351.
- 2) Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 200 f.
- 3) Die Frage der Zulässigkeit von Individualgesetzen stellt sich im Übrigen nicht nur dann, wenn die Einmaligkeit des zu regelnden Falles ein generelles Gesetz unmöglich macht, sondern unter Umständen auch dann, wenn eine generelle Regelung an sich möglich ist. Nämlich dann, wenn das Zustandekommen dieser längere Zeit in Anspruch nimmt, bis dahin aber aus sozialen oder sonstigen Gründen eine einstweilige gesetzliche Maßnahme erforderlich erscheint. So sind die Sonderzulagengesetze von 1955 und 1956 (vgl. S. 32 Anm. 1) ergangen, um die Härten zu mildern, die durch die Verzögerung der Rentenreform angesichts der fortschreitenden allgemeinen Teuerung entstanden waren (dazu die Verhandlung des Bundestags in seiner 165. Sitzung vom 24.10.1956, Stenoprot. S. 9098 B); die Gesetze über die Verlängerung der Wahlperiode der Betriebsräte (vgl. S. 32 Anm. 1) sind mit Rücksicht auf die nach § 87 des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11.10.1952 (BGBl. I, S. 681) durch Rechtsverordnung zu erlassende, aber noch ausstehende Wahlordnung ergangen, die dann am 18.3.1953 (BGBl. I, S. 58) als Erste Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes erlassen wurde; die mehrfachen gesetzlichen Verlängerungen der Wahlperiode der Personalvertretungen (vgl. S. 32 Anm. 1) schließlich sind wegen

Durchbrechungen des Gewaltenteilungssystems, nämlich Ausübung exekutiver Tätigkeit¹⁾, und dies obwohl die Exekutive selber diese Anordnungen wegen des Vorbehalts des Gesetzes gar nicht erlassen könnte²⁾.

Können Individualgesetze in bestimmten Fällen erforderlich und zulässig sein, so ist doch fraglich, ob dies auch für individuelle Rechtsverordnungen gilt. Zwar wäre es vom Standpunkt der herkömmlichen Auffassung der Verordnungsgebung als Übertragener Gesetzgebung aus folgerichtig, den möglichen Inhalt des Gesetzes auch als möglichen Inhalt der Rechtsverordnung anzuerkennen. Aber der Verwaltung steht für Einzelanordnungen die Form des Verwaltungsaktes³⁾ zur Verfügung, weshalb es auch bisher nicht zweifelhaft erschien, daß die Rechtsverordnung nur generelle Anordnungen zum Inhalt haben könne, demnach also immer zu den materiellen Gesetzen zu rechnen sei⁴⁾.

der bevorstehenden Neuregelung des Personalvertretungsrechts durch das dann am 5.8.1955 (BGBl. I, S. 477) erlassene Personalvertretungsgesetz ergangen. Auch diese Gesetze wird man schwerlich für unzulässig halten können.

- 1) So auch ausdrücklich bei HAMANN, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 36: "Sie (sc. die Individualgesetze) sind ... ihrem Wesen nach nicht Akte der Gesetzgebung, sondern solche der vollziehenden Gewalt; daran ändert auch ihre äußerliche Einkleidung in die Form des Gesetzes nichts - insoweit handelt es sich um einen Formenmißbrauch".
- 2) Nach der älteren Auffassung, an der BVerfG (BVerfGE 8, 155, 169) und BVerwG (BVerwGE 6, 282, 287; NJW 1959, 1098) festhalten, erstreckt sich der Vorbehalt des Gesetzes allerdings nur auf die Eingriffsverwaltung. Hiernach kann die Exekutive im Rahmen der Leistungsverwaltung auch ohne eine besondere gesetzliche Grundlage tätig werden. Diese Beschränkung des Gesetzesvorbehalts wird aber in der neueren Literatur abgelehnt; so von IPSEN, Öffentliche Subventionierung Privater, S.15 ff., 18, 39 f., STERN, JZ 1960, S. 518, 521 ff., JESCH, Gesetz und Verwaltung, S. 175 ff., BELLSTEDT, DÜV 1961, S. 161 ff. Zu dem Problem im einzelnen siehe unten S. 81 ff.
- 3) Es sei hier bei der Gegenüberstellung von Verwaltungsakt und Rechtsverordnung gestattet, von einer "Form" des Verwaltungsakts zu sprechen. Der Verwaltungsakt ist, soweit nicht durch Gesetz im Einzelfall etwas anderes vorgeschrieben ist, formlos.
- 4) Das Problem der individuellen Rechtsverordnung ist

Nun ist die Form des Verwaltungsaktes offensichtlich ungeeignet für solche Regelungen, die sich, wie etwa die zur Durchführung der Kriegsfolgengesetze ergangenen Rechtsverordnungen, zwar an einen geschlossenen Personenkreis wenden, deren Adressaten im einzelnen aber doch gar nicht oder nur mit großem Verwaltungsaufwand festgestellt werden könnten.

Darüber hinaus besteht zwar für die Wahl der Verordnungsform keine zwingende Notwendigkeit. Gleichwohl kann aber das Parlament aus Gründen einer leichteren Kontrolle der Verwaltung unter Umständen ein Interesse daran haben, für Individualakte die Form der Rechtsverordnung vorzuschreiben, nämlich um die Handhabung besonders bedeutsamer Ermächtigungen für das Parlament und auch die Öffentlichkeit sofort überschaubar zu machen¹⁾.

zuerst von OBERMAYER aufgegriffen worden, vgl. seinen Aufsatz "Die Rechtsverordnung im formellen Sinne im bayerischen Landesrecht", in DÖV 1954, S. 73 ff. Nach ihm die Bezeichnung "formelle" Rechtsverordnung.

- 1) Dies trifft z.B. für die Ermächtigung in § 18 Abs. 1 Nr. 4 des Umsatzsteuergesetzes i.d.F. vom 1.9.1951 (BGBl. I, S. 791) zu, worin die Bundesregierung ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung eine von Art. II des Kontrollratsgesetzes Nr. 15 vom 11.2.1946 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, S. 75) abweichende Regelung zu treffen, wenn die wirtschaftlichen und organisatorischen Verhältnisse von einzelnen Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen es in begründeten Einzelfällen erfordern. Die hierin genannte Bestimmung des Kontrollrats hatte zum Zwecke der Entflechtung der Großindustrien alle Transaktionen zwischen einer Muttergesellschaft und ihrer Tochtergesellschaft bzw. zwischen mehreren Tochtergesellschaften derselben Muttergesellschaft in gleicher Weise der Umsatzsteuer unterworfen wie Transaktionen zwischen selbständigen Unternehmen. Auf Grund dieser Ermächtigung, von der die Bundesregierung im Falle der I.G. Farbenindustrie AG Gebrauch gemacht hat (vgl. S. 33 Anm. 1), hat die Bundesregierung die Befugnis zu Maßnahmen, die sowohl für die Wettbewerbschancen der einzelnen Unternehmen und damit für die gesamte Wirtschaft, als auch für das Steueraufkommen von außerordentlicher Tragweite sein können.

Abgesehen von der durch sie bewirkten Durchbrechung der herkömmlichen Formtypik läßt sich gegen Individualverordnungen vom Gewaltenteilungsprinzip her zunächst nichts einwenden, da der Individualakt - ob als Verwaltungsakt oder als Rechtsverordnung - in jedem Falle von der Exekutive erlassen wird¹⁾. Die Individualverordnungen berühren aber dann unmittelbar die Gewaltenteilungsproblematik, wenn sich das Parlament in der ihnen zugrunde liegenden Ermächtigung die Mitwirkung bei ihrem Erlaß vorbehält²⁾; denn dann wird die Legislative unmittelbar an Einzelakten der Verwaltung beteiligt.

Die Überkommene Gewaltenteilungslehre muß darin, da sie die Einzelakte zur Kompetenz der Exekutive rechnet, ebenso wie in den Individualgesetzen eine Durchbrechung der Gewaltenteilung sehen.

B. Die Verwaltungsverordnung

I. Die ältere Auffassung: Nichtrechtsnorm

Die Verwaltungsvorschriften³⁾ wurden nach älterer Auffas-

- 1) Problematisch können Individualverordnungen allerdings im Hinblick auf die gegenüber Verwaltungsakten und Rechtsverordnungen unterschiedlich ausgestalteten Rechtsschutzmöglichkeiten sein; dazu unten S. 80 Anm. 1.
- 2) Vgl. etwa die bayerischen Verordnungsermächtigungen, die Ausgangspunkt für die genannte Untersuchung OBERMAYERS zur formellen Rechtsverordnung waren: So u.a. Art. 7 Abs. 1 der Bayer. Landkreisordnung vom 16.2.1952 (GVBl. S. 39), wonach die Einteilung des Staatsgebiets in Landkreise durch Rechtsverordnung der Staatsregierung mit Zustimmung des Landtags zu regeln ist; ferner Art. 5 Abs. 3 S. 1 u. Abs. 4 S. 1 der Bayer. Gemeindeordnung vom 25.1.1952 (GVBl. S. 19), wonach durch Rechtsverordnung der Staatsregierung mit Zustimmung des Landtags unter bestimmten Voraussetzungen Gemeinden für kreisfrei erklärt bzw. wieder einem Kreis zugeteilt werden können; schließlich Art. 11 Abs. 3 der Gemeindeordnung, wonach es zur Auflösung und Neubildung von Gemeinden gegen deren Willen einer Rechtsverordnung der Staatsregierung mit Zustimmung des Landtags bedarf.
- 3) Der herrschende Sprachgebrauch verwendet die Bezeichnungen "Verwaltungsvorschrift" und "Verwaltungsverordnung" synonym. Bereits JACOBI, HdbDStR II, S. 260, hat aber darauf hingewiesen, daß der Ausdruck "Verwaltungsverordnung" für die in Gesetzen enthaltenen Verwaltungsvorschriften ungeeignet ist. Im folgenden wird daher die

sung¹⁾ vom Rechtsbegriff überhaupt und damit von den Begriffen des Rechtssatzes und der Rechtsetzung ausgenommen, weil sie sich nicht an die Staatsbürger als "selbständige", außenstehende Subjekte²⁾ wenden, sondern ihre Wirksamkeit nur im Verwaltungsinternum entfalten.

Dieser Auffassung liegt freilich jene dem Absolutismus entstammende Staatstheorie zugrunde, welche den Staat wie eine natürliche Person als ein geschlossenes, impermeables Rechtssubjekt versteht³⁾. Dann sind in der Tat rechtliche Beziehungen nur nach außen möglich.

Mit dieser Qualifizierung als Nichtrechtsnormen ließen sich die Verwaltungsvorschriften, da weder Rechtsetzung noch Rechtsprechung, dogmatisch einwandfrei dem Bereich der Exekutive zuordnen.

II. Rechtsnorm im weiteren Sinne

Nun ist die Impermeabilität der Verwaltung "eine recht problematische Angelegenheit"⁴⁾. Denn vielfach sind die Adressaten von Verwaltungsverordnungen selbst Rechtssubjekte. Ergeht etwa eine Verwaltungsverordnung innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses, z.B. an Beamte, Schüler, Anstaltsinsassen, so sind die Adressaten immer natürliche Personen. Ergeht eine Verwaltungsverordnung als generelle Weisung einer vorgesetzten an eine nachgeordnete Behörde, so kann diese Behörde einem anderen Verwaltungsträger und

Bezeichnung "Verwaltungsverordnung" nur den von der Exekutive erlassenen Verwaltungsvorschriften vorbehalten. Der Begriff "Verwaltungsvorschrift" wird als Oberbegriff verwendet.

1) LABAND, Reichsstaatsrecht, S. 142; ANSCHÜTZ, Studien, S. 55; FLEINER, Institutionen, S. 61 ff.; G.JELLINEK, Gesetz und Verordnung, S. 386.

2) RICHTER, Die Organisationsgewalt, S. 17.

3) So LABAND, Reichsstaatsrecht, S. 142, allerdings mit der Beschränkung auf den "handelnden", verwaltenden Staat. Mit dieser Einschränkung vermeidet er die Konsequenz, über die Verwaltungsvorschriften hinaus das gesamte staatliche Organisationsrecht, einschließlich des organisatorischen Verfassungsrechts, als Nichtrecht betrachten zu müssen. Dazu im einzelnen BÖCKENFÖRDE, Gesetz, S. 234 f.

4) OBERMAYER, Verwaltungsakt, S. 108.

damit einem anderen Rechtssubjekt angehören, z.B. einer Gemeinde, oder mit Personen des Privatrechts identisch sein, wie dies bei den sog. beliehenen Unternehmern der Fall ist¹⁾. Aber selbst wenn Adressat einer Verwaltungsverordnung nur eine Behörde innerhalb desselben Verwaltungsträgers ist oder wenn eine solche nur innerhalb einer Behörde als Weisung des Behördenleiters an die Behördenteile (Abteilungen, Referate etc.) ergeht, so sind es letztlich natürliche Personen, die diese Anweisung durchzuführen haben.

Die Auffassung von der Impermeabilität der Verwaltung entspricht daher in keiner Weise der sozialen Wirklichkeit. Sie hat schon in der älteren Literatur mit Recht Kritik erfahren²⁾ und dürfte heute im wesentlichen überwunden sein, wenngleich ihre Nachwirkungen Wissenschaft und Praxis noch geraume Zeit beschäftigen werden³⁾. Der Staat ist eben realiter keine geschlossene Person, auch nicht als verwaltender, sondern eine Gesamtpersönlichkeit, die aus vielen Gliedpersönlichkeiten in rechtlich geordneter Weise zusammengesetzt ist⁴⁾.

1) Vgl. dazu OBERMAYER, a.a.O., S. 61.

2) Vor allem von GIERKE, Schmollers Jahrbuch, Bd. VII, S. 1127 f.; ferner HAENEL, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 232 f.

3) Vgl. BÜCKENFÜRDE, Gesetz, S. 234 Anm. 46.

4) So zutreffend GIERKE, a.a.O.; ähnlich HAENEL, a.a.O., S. 233, der den Staat als "Rechtsverhältnis einer Personenzahl" bezeichnet; vgl. auch GERBER, AÖR Bd. 13 NF S. 450, 452 f.: "Gewiß gibt es Rechtsverhältnisse, in denen der 'Staat' Person ist; so alle völkerrechtlichen. Auch im innerstaatlichen Rechte kommt das vor, aber nur dort, wo der 'Staat' nicht für das Ganze eines bestimmten Staatswesens, sondern innerhalb dessen für begrenzte rechtliche Teilordnungen gegenüber anderen verwendet wird (Reich - Land, unmittelbare Staatsverwaltung - Selbstverwaltung). Soweit es sich aber um eine einzelhafte Äußerung des 'Innenlebens' eines Staatswesens handelt (des Reichs als Staat, eines Landes als Staat, der unmittelbaren Staatsverwaltung) bedeutet 'Staat' nur einen Komplex von Rechtsverhältnissen, nicht aber eine Person eigener Art". Vgl. auch BACHOF, Festschrift f. Laforet, S. 297 f.; BÜCKENFÜRDE, a.a.O., OBERMAYER, Verwaltungsakt, S. 108.

Wird aber die Auffassung von der Impermeabilität der Verwaltung aufgegeben, so besteht keine Veranlassung mehr, den verwaltungsinternen Bereich als einen außerrechtlichen anzusehen. Es wird daher auch überwiegend anerkannt, daß es sich bei den Verwaltungsverordnungen ihrem Wesen nach um Rechtsnormen handelt¹⁾.

Da trotz Anerkennung der Verwaltungsverordnungen als Rechtsnormen die Befugnis der Verwaltung zu ihrem selbständigen Erlaß nicht angezweifelt wird, die Verwaltung also insoweit ein "allgemeines Rechtsetzungsrecht"²⁾ besitzt, müßte dies eigentlich dazu veranlassen, die herkömmliche Gleichsetzung von rechtsetzender und gesetzgebender Gewalt aufzugeben. Wenn die herrschende Lehre gleichwohl daran festhält, so verwendet sie hier den Rechtsetzungsbegriff nicht in einem rechtstheoretischen, sondern in einem engeren Sinne. Dies wird freilich durch die übliche Terminologie verdeckt, die die Bezeichnungen "Rechtsnorm" und "Rechtssatz" zumeist nur für die der Legislative vorbehaltenen Rechtsnormen verwendet³⁾, die Verwaltungsverordnungen dagegen, wenn überhaupt, so nur als Rechtsnormen "in einem weiteren oder rechtsphilosophischen Sinne"⁴⁾ bezeichnet.

Mit dieser Aufspaltung des Rechtsnormbegriffs wird zwar erreicht, daß die Verwaltungsverordnung, obwohl sie Rechtsnorm ("in einem weiteren Sinne") ist, auch weiterhin dem "Hausgut der Verwaltung"⁵⁾ zugerechnet werden kann. Das ist auch notwendig, weil das reibungslose Funktionieren

1) Ausdrücklich von THOMA, HdbDStR II, S. 125; O.MAYER, AÖR Bd. 18, S. 96; DAHM, Deutsches Recht, S. 367; OBERMAYER, a.a.O., S. 115; BÜCKENFÜRDE, a.a.O., S. 284; aus der Rechtsprechung insbes. der Württ.-Bad.VGH, DÖV 1950, S. 314, 315.

2) DAHM, Deutsches Recht, S. 367.

3) Damit ist der Rechtssatz nicht mehr im Sinne HAENELS (a.a.O., S. 117 f.) ein Satz des (objektiven) Rechts schlechthin, sondern ein bestimmtes rechtliches Institut.

4) THOMA, HdbDStR II, S. 125.

5) THOMA, a.a.O., S. 223; vgl. auch JACOBI, HdbDStR II, S. 259.

des Verwaltungsapparates ohne interne Regelungsbefugnisse gar nicht denkbar ist.

Andererseits kann aber die Verwaltungsvorschrift auch nicht gänzlich von der Rechtsetzungskompetenz der Legislative ausgenommen werden. Einmal ist es schon gesetzestechnisch kaum möglich, Gesetze (und Rechtsverordnungen) von Verwaltungsvorschriften völlig freizuhalten, sei es auch nur aus dem Grunde, weil sich Rechtssätze und Verwaltungsvorschriften mitunter nur schwer auseinanderhalten lassen¹⁾. Zum anderen kann unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips durchaus ein Bedürfnis nach einer gesetzlichen Normierung verwaltungsinterner Vorgänge bestehen. Dies sowohl im Interesse der mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Glieder der Verwaltung, vor allem der in besonderen Gewaltverhältnissen befindlichen (natürlichen) Personen, als auch im Interesse des zwar außerhalb der Verwaltung stehenden, aber im modernen Sozialstaat doch in verstärktem Maße von der Verwaltung abhängigen²⁾ Staatsbürgers. Die Erscheinung der Verwaltungsvorschriften in förmlichen Gesetzen (und Rechtsverordnungen) ist daher auch mit Recht bisher allgemein als zulässig angesehen worden³⁾.

Diese notwendige konkurrierende Zuständigkeit von Legislative und Exekutive zum Erlass von Verwaltungsvorschriften⁴⁾ läßt sich mit der Überkommenen Funktionenlehre

1) Vgl. dazu OBERMAYER, Verwaltungsakt, S. 131 ff.

2) Dazu PETERS, Festschrift f. Laforet, S. 26.

3) Vgl. JACOBI, HdbDStR II, S. 259; THOMA, HdbDStR II, S. 146.

4) Die Frage nach der Zuständigkeit zum Erlass von Verwaltungsvorschriften berührt die allgemeine Frage nach der Organisationsgewalt (vgl. dazu insbes. die Referate von KÖTTGEN und ERMACORA, VVDStRL H. 16, S. 154 ff. bzw. 191 ff., sowie die Diskussionsbeiträge dazu). Indessen ist der Begriff der Organisationsgewalt ein recht unscharfer Rechtsbegriff (so mit Recht OBERMAYER, JZ 1962, S. 64, 66). Organisatorische Vorschriften können - je nach ihrem Inhalt - sowohl Verwaltungsvorschriften als auch Rechtssätze sein (JACOBI, a.a.O., S. 251; GROSS, DÖV 1963, S. 51).

dogmatisch nicht in Einklang bringen. Solange an der Gleichsetzung von gesetzgebender und rechtsetzender Gewalt festgehalten wird, können die Verwaltungsvorschriften immer nur dem "Hausgut" einer der beiden Gewalten zugerechnet werden: Versteht man die Rechtsetzung im engeren Sinne, so fallen die Verwaltungsvorschriften aus dem Rechtsetzungsbegriff heraus und das Parlament dürfte sie strenggenommen nicht erlassen; versteht man die Rechtsetzung im weiteren Sinne, so werden die Verwaltungsvorschriften vom Rechtsetzungsbegriff mitumfaßt und fallen infolgedessen in die alleinige Zuständigkeit des Parlaments¹⁾.

III. Verwaltungsverordnungen als Rechtssätze?

Nun ist aber auch in Lehre und Rechtsprechung deutlich die Tendenz erkennbar, die überkommene strenge Trennung von Innen- und Außensphäre und damit von Verwaltungsvorschrift und Rechtssatz aufzugeben und Innen und Außen nicht mehr als geschlossen einander gegenüberstehende Bereiche, sondern gleichsam als zwei sich schneidende Kreise aufzufassen. Dies geschieht auf zweifache Weise:

1. Einmal, indem Verwaltungsverordnungen unter Umständen über das Verwaltungsinternum hinausreichende, also rechtssatzmäßige Rechtswirkungen zuerkannt werden.

So hat schon das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung Dritten gegenüber obliegende Amtspflichten im Sinne des § 839 BGB auch Verwaltungsvorschriften entnommen²⁾, obwohl bei konsequenter Durchführung der Trennung von Innen und Außen eine Verwaltungsverordnung

1) THOMA rechtfertigt die formalgesetzlichen Verwaltungsvorschriften damit, daß die Setzung genereller Normen "eben doch das eigentliche Hausgut der Legislative sei" (a.a.O.). Da er an anderer Stelle die Verwaltungsvorschriften gerade als "Hausgut" der Verwaltung bezeichnet (a.a.O., S. 223), legt er also in dem einen Fall den weiteren, in dem anderen Fall den engeren Rechtsnormbegriff zugrunde!

2) Vgl. BGB-RGRK, § 839 Anm. 32.

niemals Pflichten gegenüber einem Außenstehenden begründen könnte¹⁾.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer neueren Entscheidung ausgesprochen, daß sich öffentlich-rechtliche Ansprüche auch aus Verwaltungsvorschriften ergeben können: Noch im Urteil vom 23.7.1959²⁾ hatte der V. Senat ausgesprochen, daß die Verwaltung nur durch Gesetz zum Erbringen von Leistungen verpflichtet werden könne und daß, wenn eine solche Rechtsnorm nicht vorliegt, eine Verpflichtung der Verwaltung nur aus höherrangigem Recht, insbesondere aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG, hergeleitet werden könne, so daß Verwaltungsvorschriften höchstens Anhaltspunkte für eine Verletzung des Gleichheitssatzes ergeben könnten. In dem Urteil vom 18.10.1960³⁾ dagegen hat der gleiche Senat eine Verpflichtung der Verwaltung unmittelbar, d.h. ohne eine Heranziehung des Gleichheitssatzes, aus Verwaltungsvorschriften hergeleitet. Dies stellen auch folgende Sätze der Entscheidung klar: "Im übrigen ergeben sich öffentlich-rechtliche Ansprüche nicht nur aus gesetztem materiellen Recht. Die gewährende Verwaltung unterliegt nicht in gleicher Weise wie die eingreifende Verwaltung dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes. Öffentlich-rechtliche Ansprüche können sich vielmehr auch aus Verwaltungsvorschriften oder Richtlinien der hier vorliegenden Art o d e r bei Verletzung des Gleichheitssatzes sogar aus der Übung der Behörden ergeben"⁴⁾.

In diese Richtung geht auch das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 14.8.1958⁵⁾, das - allerdings mit einer in sich nicht ganz widerspruchsfreien Begründung - Ansprüche aus

1) Dazu auch Herbert KRÜGER, Festschrift f. Smend, S. 222.

2) BVerwGE 7, 180.

3) NJW 1961, S. 137, 138.

4) Hervorh. v. Verf.

5) JZ 1960, S. 279.

gemäß § 131 Abs. 2 der Reichsabgabenordnung (AO)¹⁾ erlassenen Richtlinien hergeleitet hat: Zunächst scheint es zwar, als ob das Gericht bei der herkömmlichen Auffassung der Verwaltungsverordnungen verbleiben wolle. Es führt aus, daß Verwaltungsverordnungen kein unmittelbares Recht schaffen, daß die Verwaltung nach Erlass des Grundgesetzes Rechtsnormen nur durch ordnungsmäßig erlassene Rechtsverordnungen nach Art. 80 GG schaffen könne und daß es deshalb in den Fällen des § 131 Abs. 2 AO noch einer besonderen Erlaßverfügung der Verwaltung nach § 131 Abs. 1 AO bedürfe. Das Gericht führt dann weiter aus, daß dennoch den Richtlinien die Bedeutung im steuergerichtlichen Verfahren nicht abgesprochen werden könne. Diese Bedeutung sieht das Gericht jedoch nicht - wie es nach dem zuvor Gesagten zu erwarten wäre - darin, daß sich aus den Richtlinien Anhaltspunkte für eine Verletzung des Gleichheitssatzes ergeben könnten, sondern es verleiht ihnen nunmehr doch eine unmittelbare Rechtswirkung nach Außen: "Die Richtlinien nach § 131 II AO sind ... rechtlich anders geartet als Verwaltungsanweisungen zur Auslegung des Gesetzes. Sie sind keine reinen Erläuterungen des Gesetzes, sondern ein Vorgang im Rahmen der Rechtsgestaltung, die die Verwaltung auf Grund ihrer Ermächtigung nach § 131 AO tätigt und die den **S t e u e r a n s p r u c h** in seiner Höhe **m a t e r i e l l v e r ä n d e r t**"²⁾. Diese Rechtswirkung der Richtlinien nach Außen begründet das Gericht mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes. Ebenso wie der Steuerpflichtige nach gefestigter Rechtsprechung³⁾ sich

1) I.d.F. vom 11.7.1953 (BGBl. I, S. 511). Nach § 131 Abs. 1 AO können Steuern durch Einzelakt erlassen werden, "wenn ihre Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre". § 131 Abs. 2 AO bestimmt: "Für bestimmte Gruppen von gleichgelagerten Fällen können für die entsprechende Anwendung des Absatzes 1 Richtlinien aufgestellt werden".

2) Hervorh. v. Verf.

3) BFH, BStBl. III 1955, S. 92; 1956, S. 341; 1957, S. 173, 366. Ferner BVerwG, NJW 1956, S. 1250; DöV 1955, S. 188; 1956, S. 366; DVBl. 1958, S. 56, 59; OVG Hamburg, MDR 1957, S. 573.

nach Treu und Glauben darauf verlassen könne, daß eine Auskunft, die von den zuständigen Beamten nach eingehender Prüfung des Sachverhalts erteilt worden ist und auf die er seine geschäftlichen Maßnahmen abgestellt habe, von der Behörde nicht ohne gewichtige Gründe beiseitegeschoben wird, müsse eine Bindung der Verwaltung aus Gründen des Vertrauensschutzes auch bei den Richtlinien im Sinne des § 131 Abs. 2 AO angenommen werden. Rein formal seien zwar die in Teil I und Teil II des Bundessteuerblattes veröffentlichten Verwaltungsanordnungen (Ministerialerlasse) an die nachgeordneten Dienststellen gerichtet. Man werde aber auf Grund ihrer Bekanntgabe in den Amtsblättern oder sonst durch die Presse davon ausgehen müssen, daß sie auch zur Unterrichtung der Steuerpflichtigen bestimmt sind. Der Steuergläubiger wende sich auf diese Weise an den Steuerschuldner. In seiner Anmerkung zu diesem Urteil¹⁾ vertritt JESCH die Auffassung, daß die Exekutive in allen Fällen, in denen sie die Ermessensausübung durch Richtlinien steuert, an diese Richtlinien auch nach Außen gebunden sei. Dabei komme es weder auf die Publikation an noch gar auf die Kenntnis des Betroffenen. Der Vertrauensgrundsatz sei nur eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der Bindung des Normsetzers an seine eigenen Normen.

Nicht nur bei Verwaltungsverordnungen im Rahmen der gewährenden Verwaltung, sondern auch bei solchen im Rahmen der Eingriffsverwaltung wird die Auffassung vertreten, daß sie unter Umständen Rechtssatzcharakter haben können. So will BACHOF²⁾ Verwaltungsverordnungen dann als Rechtsätze anerkennen, wenn sie kraft ihrer bloßen Existenz Wirkungen auslösen, die in den Rechtskreis Dritter eingreifen. Ein solcher "Umschlag von Innen nach Außen" sei z.B. dann gegeben, wenn durch einen Ministerialerlaß

1) JZ 1960, S. 282 f., 283.

2) Festschrift f. Laforet, S. 308, 309.

Baustoffe von bestimmter Beschaffenheit als ungeeignet bezeichnet und die Baubehörden angewiesen würden, ihre Verwendung vorkommendenfalls zu verbieten. Denn diese Weisung würde im Falle ihres Bekanntwerdens Außenwirkungen für alle in Frage kommenden Hersteller auslösen.

2. Zum anderen wird die Unterscheidung zwischen Verwaltungsverordnung und Rechtssatz dadurch verwischt, daß die Glieder der Verwaltung, soweit sie eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, insbesondere also die in einem besonderen Gewaltverhältnis befindlichen Personen, unter Umständen zugleich als außenstehend und demgemäß die sie betreffenden Verwaltungsverordnungen zugleich als Rechtssätze betrachtet werden, ohne daß hierbei wiederum die sonst zum Erlaß von Rechtssätzen notwendige besondere gesetzliche Ermächtigung für erforderlich gehalten würde. Allerdings ist man hier zurückhaltender gewesen als bei der Parallelerscheinung der Anerkennung innerdienstlicher Individualakte als Verwaltungsakte¹⁾.

Bei den innerdienstlichen Individualakten wird ein Verwaltungsakt überwiegend dann genommen, wenn das betroffene Verwaltungsglied als "selbständiges Rechtssubjekt" und nicht oder wenigstens nicht nur als "Bestandteil des staatlichen Organismus" angesprochen wird²⁾. Mitunter wird darüber noch hinausgehend sogar jeder innerdienstliche Rechtsakt zugleich als Verwaltungsakt angesehen, weil schließlich jeder innerdienstliche Rechtsakt mehr oder minder stark in den persönlichen Rechtskreis des

1) Vgl. BACHOF, a.a.O., S. 287. Vgl. neuerdings aber den Beschluß des VGH Mannheim vom 5.5.1961 in DVBl. 1961, S. 523, worin ein Erlaß des baden-württembergischen Kultusministeriums über den Lehrplan für die Gymnasien Baden-Württembergs für im Wege der Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO nachprüfbar erachtet worden ist.

2) BACHOF, Festschrift f. Laforet, S. 299; ähnlich auch schon EYERMANN/FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsgesetz, S. 68; ferner ULE, VVDStRL H. 15, S. 151 ff.; BVerwG, NJW 1962, S. 1313.

Verwaltungsgliedes eingreift und sich deshalb eine klare Trennungslinie gar nicht ziehen läßt¹⁾).

Wie auch immer die Abgrenzung bei den innerdienstlichen Individualakten vorgenommen wird, die gleichen Abgrenzungskriterien müssen folgerichtigerweise auch bei den generellen innerdienstlichen Akten verwendet werden²⁾, so daß eine Verwaltungsverordnung mindestens immer dann zugleich einen Rechtssatz darstellt, wenn sie die Verwaltungsglieder als "selbständige Rechtssubjekte" anspricht³⁾.

Erkennt man an, daß Verwaltungsverordnungen unter Umständen Rechtssatzcharakter haben können, so erläßt die Verwaltung entgegen der herkömmlichen Gleichsetzung von gesetzgebender und rechtsetzender Gewalt insoweit also - neben den nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung ergehenden Rechtsverordnungen - weitere Rechtsnormen, und zwar solche im engeren Sinne, so daß auch die Aufspaltung des Rechtsnormbegriffs dogmatisch nicht weiterhilft.

-
- 1) OBERMAYER, Verwaltungsakt, S. 162, 164 ff., wobei er der Gefahr einer Übermäßigen Ausweitung des Rechtsschutzes dadurch begegnet, daß er zur Anfechtungsklage ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis fordert (S. 168 f.); ebenso OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1960, S. 350.
 - 2) So mit Recht BACHOF, a.a.O., S. 300, der auch auf die sich andernfalls ergebenden Schwierigkeiten hinweist, wenn der Verwaltungsakt auf eine Verwaltungsverordnung gestützt ist, die dann bei der rechtlichen Nachprüfung des Verwaltungsakts als "verwaltungsintern" außer Betracht bleiben müßte (S. 288); ferner OBERMAYER, a.a.O., S. 173.
 - 3) So schon W.WEBER, Die Verkündung von Rechtsvorschriften, S. 35 f., wenn er ausführt, daß die Verwaltungsvorschriften, soweit sie die Rechtsstellung der Personen in besonderen Gewaltverhältnissen unmittelbar und konkret gestalten, ihrem Wesen nach Rechtssätze seien.

Zweiter Teil
VERSUCH EINER EINORDNUNG DES VERORDNUNGSRECHTS
IN DAS GEWALTENTEILUNGSSYSTEM

Erster Abschnitt

Die grundgesetzliche
Gewaltenteilungsbestimmung

A. Die traditionelle Funktionenunterscheidung - keine
apriorische

Eine kritische Beurteilung der traditionellen Funktionenunterscheidung wird trotz der auf ihr beruhenden dogmatischen und praktisch-rechtlichen Unzuträglichkeiten dadurch erschwert, daß die Begriffe "Legislative" und "Exekutive" in ihrer Festlegung durch die überkommene Auffassung, insbesondere hinsichtlich des bei der Gleichsetzung von rechtsetzender und gesetzgebender Gewalt verwendeten Rechtsetzungsbegriffs, "fast die Geltung apriorischer staatsrechtlicher Kategorien erlangt" haben¹⁾.

Daß der überkommene Rechtsetzungsbegriff jedoch kein apriorischer ist, hat sich bereits bei der Aufspaltung der Rechtsnormen in solche im weiteren Sinne, zu denen auch die Verwaltungsvorschriften gerechnet werden, und solche im engeren Sinne, den Rechtssätzen, gezeigt.

Der herkömmliche Rechtsetzungsbegriff ist aber auch insoweit kein apriorischer, als unter ihn nur generelle Akte fallen. Denn die Generalität ist kein begriffliches Erfordernis der Rechtsetzung im eigentlichen, d.h. rechtstheoretischen Sinne²⁾. Andernfalls wären die Rechtswirkungen

1) BÜCKENFÜRDE, Gesetz, S. 14/15.

2) Vgl. dazu vor allem HAENEL, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 121/122; THON, AöR Bd. 5, S. 159; KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 236 ff.; HELLER, VVDStRL H. 4, S. 107 ff., 118 ff.; G.JELLINEK, Gesetz und Verordnung, S. 239, dort auch eine eingehende Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des generellen Rechtsnormbegriffs von seinem Ursprung im Glauben an eine göttliche Weltordnung bis zu der von der Naturrechtslehre vorgenommenen Analogie zum Naturgesetz; vor allem KELSEN hat darauf hingewiesen, daß dieser

derjenigen staatlichen Hoheitsakte nicht zu erklären, die nur in einem Einzelfalle Rechte oder Pflichten begründen, ohne daß diese Rechte oder Pflichten bereits in einem generellen Rechtssatz normiert sind¹⁾. Daher sind zunächst einmal auch die Individualgesetze Rechtsetzungsakte (im rechtstheoretischen Sinne)²⁾. Zum anderen können aber

Analogie eine Verwechselung von (naturgesetzlichem) Sein und (rechtlichem) Sollen zugrunde liegt (a.a.O., S. 405). Auch THOMA (Festgabe f. O.Mayer, S. 176, und HdbDStR II, S. 126 Anm. 42) erkennt an, daß auch Individualanordnungen "in einem weiteren Sinne" Rechtssätze sind. Vgl. ferner BÖCKENFÜRDE, Gesetz, S. 339.

- 1) In diesem rechtstheoretischen Sinne ist es daher zu verstehen, wenn HAENEL (Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 122) die Rechtssätze definiert als "Sätze, welche dazu bestimmt sind, an einem vorausgesetzten Tatbestand subjektive Rechte und Pflichten zu begründen oder mit einem gewissen Tatbestand gewisse Rechte und Pflichten zu verknüpfen". Die rechtstheoretische Begründung hierzu findet sich bei THON (AöR Bd.5, S. 159), der die Frage untersucht, ob nur die generelle oder auch die individuelle Norm objektives Recht setzt. Er weist darauf hin, daß beide im konkreten Fall völlig gleich wirken, und kommt zum Ergebnis, daß es unmöglich sei, "einen Unterschied zwischen beiden darin zu finden, daß nur die erstere, nicht aber die letztere Recht setze". Allerdings wird der Imperativ durch die abstrakte Norm ein für alle Mal mit dem Tatbestande a verknüpft, so oft sich derselbe auch verwirklichen sollte, mithin mit dem Tatbestand a¹, a², a³, - a. Das Individualgebot ... gibt seinen Imperativ nur für den einen Fall, nehmen wir beispielsweise an für a³. Falls aber a³ eintritt, wirkt der Imperativ genau in derselben Weise".
- 2) Auch die von MENDER (VVDStRL H. 15, S. 11 ff.) als "staatsleitende Akte" bezeichneten Gesetze, wie die Ratifikationsermächtigung nach Art. 59 Abs. 2 GG, die Feststellung des Friedensschlusses nach Art. 59a Abs. 4 GG, die Feststellung des Haushaltsplans nach Art. 110 Abs. 2 GG, die Kreditermächtigung nach Art. 115 GG. Gegenüber der Ansicht MENDERS (a.a.O.), diese Gesetze setzten nur Tatbestandsmerkmale für bereits bestehende (generelle) Rechtssätze, z.B. die Haushaltsordnung, nur von diesen gingen daher Rechtswirkungen aus, weist BÖCKENFÜRDE (a.a.O., S. 287 Anm. 26) mit Recht darauf hin, daß es eine häufige Erscheinung sei, das Rechtssätze eine Art Tatbestandswirkung für andere Rechtssätze haben, so z.B. die Polizeiverordnungen nach §§ 14, 24 pr.PVG für etliche andere Rechtssätze des PVG selbst.
Die Generalität wird offenbar auch vom BVerwG nicht als ein Wesensmerkmal des Rechtsnormbegriffes angesehen. In

auch Individualakte der Verwaltung in diesem Sinne Rechtssetzungsakte sein. Dies jedenfalls dann, wenn die Exekutive im Rahmen der - nicht dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegenden¹⁾ - gewährenden Verwaltung ohne eine gesetzliche Grundlage Rechtsakte erläßt²⁾, z.B. bei Gewährung von Subventionen³⁾.

Angesichts der einheitlichen Aufgabe, der die Gewalten dienen, nämlich der Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens, wird man auch vergeblich nach einer apriorischen Funktionenunterscheidung suchen⁴⁾. Gesetzgebung,

seinem Urteil vom 18.3.1960, VerwRspr. Bd. 12, S. 868, hat es zur Rechtsnatur der Kreishaushaltssatzung ausgeführt, diese trage jedenfalls insoweit **n o r m a t i v e n** Charakter, als sie die Umlagesätze festsetze, da damit eine Verpflichtung der (bestimmten!) kreisangehörigen Gemeinden zur Zahlung der Umlage begründet werde.

- 1) BVerwG, BVerwGE 6, 282; NJW 1959, S. 1098; ferner auch BVerfG, BVerfGE 8, 155.
- 2) Auch hinsichtlich der gesetzabhängigen einschließlich der sog. gebundenen Verwaltungsakte wird die Auffassung vertreten, daß es sich dabei nicht nur um rechtsanwendende, sondern zugleich um rechtsetzende Akte handelt. So insbes. HELLER, VVDStRL H. 4, S. 119: "In der Rechtsordnung spezifischen Dialektik schafft jede Individualisierung einer Norm durch die kompetente Autorität eine neue, so vorher noch nicht dagewesene Norm". Ähnlich auch KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 228 ff., der behauptet, daß die Begriffe "Rechtsetzung" und "Rechtsanwendung" entgegen der Annahme der traditionellen Theorie keinen absoluten Gegensatz darstellten (S. 240).
- 3) Die Subventionsgewährung bedient sich zwar meist privatrechtlicher Formen. Aber auch dann ist ein förmliches Antragsverfahren vorgeschaltet, in dem sich der Antragsteller in das typische öffentlich-rechtliche Unterordnungsverhältnis zum Staat begibt. Die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über den Antrag ergeht daher in Ausübung hoheitlicher Gewalt und ist somit ein Verwaltungsakt. Vgl. dazu BELLSTEDT, DÖV 1961, S. 161, 168.
- 4) Vgl. dazu HELLER, a.a.O., S. 116: "Alle Versuche der herrschenden Lehre aber, das 'Wesen', die 'Natur', die 'Substanz' der Rechtsetzung, Rechtsprechung und Verwaltung apriorisch zu bestimmen, sind durchaus müßig; denn alle Staatsakte sind ihrer 'Natur' nach nicht verschieden, sondern gleich. Sie alle sind auf die einheitliche Zusammenordnung des gesellschaftlichen Verhaltens der Gebietsbewohner gerichtet". Ähnlich auch schon E. KAUFMANN, Verwaltung, Verwaltungsrecht, S. 688 ff. Die "theoretisch-logische" Unhaltbarkeit des herrschenden Rechtssatzbegriffes hat auch THOMA, Festgabe f. O. Mayer, S. 176, festgestellt.

Verwaltung und Rechtsprechung sind vielmehr, wie neuerdings BÜCKENFÜRDE es formuliert hat, "politisch und ideologisch geprägte Begriffe, die zu verschiedenen Zeiten und von verschiedenen Anschauungen her verschieden definiert werden, ohne daß die eine oder andere Festlegung ohne weiteres als juristisch fehlerhaft erklärt werden könnte"¹⁾.

B. Teleologische Interpretation der Gewaltenteilungsbestimmung

Angesichts der Tatsache, daß der Gesetzgeber immer dann, wenn es ihm angebracht erscheint, die herkömmliche materielle Funktionenverteilung durchbricht, indem er einerseits die Exekutive mit Rechtsetzungsbefugnissen ausstattet, andererseits - durch den Erlass von Verwaltungsvorschriften und Individualakten - selbst materielle Befugnisse der Verwaltung an sich bringt, kann schwerlich behauptet werden, daß diese Funktionenverteilung, die ja doch deshalb als eine "materielle" bezeichnet wird, weil sie den Gewalten, und zwar auch der gesetzgebenden Gewalt, vorgegeben sein soll²⁾, jedenfalls hinsichtlich des Verhältnisses von Legislative und Exekutive zueinander tatsächlich im Verfassungsleben noch gültig ist.

Zur Beantwortung der Frage, ob die herkömmliche oder wenigstens eine andere materielle, also auch der gesetzgebenden Gewalt vorgegebene und nicht erst durch sie geschaffene, Funktionenverteilung entgegen der Verfassungspraxis vom Verfassungsrecht gefordert wird, läßt sich aus dem Grundgesetz unmittelbar nichts entnehmen. Daß sich aus dem Wortlaut der die Gewaltenteilung konstituierenden Bestimmungen nichts entnehmen läßt, wurde bereits ausgeführt³⁾. Die Systematik des Grundgesetzes spricht eher gegen die Annahme materieller Staatsfunktionen. Das Grundgesetz hat in Art. 20 Abs. 3 die Verwaltung an das Gesetz gebunden, ohne dieses - von dem Verbot grundrechts-

1) BÜCKENFÜRDE, Gesetz, S. 14. Ähnlich auch WOLFF, Gedächtnisschrift f. W. Jellinek, S. 51.

2) BÜCKENFÜRDE, a.a.O.

3) Oben S. 5.

einschränkender Individualgesetze in Art. 19 Abs. 1 Satz 1 abgesehen - ausdrücklich irgendwelchen inhaltlichen Beschränkungen (im Sinne der materiellen Funktionenverteilung) zu unterwerfen. Es hat ferner die Rechtsverordnung in Art. 80 ausdrücklich institutionalisiert und schließlich die Sozialstaatsbestimmung eingeführt.

Es bleibt, die Staatsfunktionen im Wege der teleologischen Auslegungsmethode zu bestimmen¹⁾. Diese dürfte im übrigen auch die sachgerechteste Bestimmung ermöglichen. Denn es geht bei der Funktionenbestimmung ja "nicht darum, irgendwelche möglichen und sachlich bedeutsamen Unterscheidungen zu finden, sondern solche, die es ermöglichen, die unterschiedenen Tätigkeiten im praktischen Staatsleben sinnvoll voneinander zu trennen, zu balancieren und einander zuzuordnen"²⁾, nämlich damit der Zweck, das "télos" der Gewaltenteilung als eines weniger rechtlichen als vielmehr politischen Prinzips zur Sicherung der Freiheit des Bürgers optimal verwirklicht wird. Damit ist zugleich gesagt, daß eine sinnvolle Auslegung der Gewaltenteilungsbestimmung des Grundgesetzes die sozialen, politischen, verfassungsinstitutionellen Umstände sowie deren Interdependenz in Rechnung zu stellen hat³⁾.

-
- 1) Ein bestimmter Wille der Schöpfer des GG zur Frage der materiellen Funktionen ist in den Materialien nicht niedergelegt. Im übrigen kommt der Entstehungsgeschichte nach der herrschenden objektiven Auslegungstheorie (vgl. BVerfG in BVerfGE 1, 299, 312; 2, 336; 2, 380; 8, 33; Württ.-Bad.VGH, VerwRspr. 1, 20, 23; ESVGH 4, 161; Bad. StGH, VerwRspr. 2, 411, 414; BFH, NJW 1961, S. 143) für die Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach anderen Grundsätzen gefundenen Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die durch andere Auslegungsmethoden nicht behoben werden können.
 - 2) BÜCKENFÜRDE, Gesetz, S. 341.
 - 3) Zur gegenseitigen Bedingtheit von rechtlicher Verfassung einerseits und politischer und sozialer Wirklichkeit andererseits vgl. HESSE, Die normative Kraft der Verfassung, S. 6 ff., der zutreffend bemerkt, daß sich der Geltungsanspruch der Verfassungsnorm nicht von den geschichtlichen Bedingungen seiner Realisierung ablösen lasse (S. 8). "Wenn das Recht und namentlich das Verfassungsrecht in seiner Wirkkraft durch die konkreten Lebensverhältnisse bedingt ist, dann darf die Auslegung nicht an diesen vorübergehen. Sie hat diese Bedingtheiten zu erfassen und zu dem normativen Gehalt des Verfassungssatzes in Beziehung zu setzen. Diejenige Auslegung

I. Der Wandel in der Funktionsweise des Gewaltenteilungssystems

1. Wegfall der ständischen Ordnung als der Voraussetzung der klassischen Gewaltenteilungslehre

Die Auslegung der grundgesetzlichen Gewaltenteilungsbestimmung wird zunächst den wesentlichen Wandel zu berücksichtigen haben, der durch den Wegfall der Ständeordnung als der Voraussetzung der klassischen Gewaltenteilungslehre in der soziologischen Struktur des modernen Staats eingetreten ist.

Das Dreiteilungssystem war, wie FORSTHOFF¹⁾ zutreffend dargetan hat, für MONTESQUIEU alles andere als der technische Kunstgriff der späteren rechtsstaatlichen Verfassungsideologie. Es war ein politisches System des Ausgleichs, der gegenseitigen Ausbalancierung der bestehenden soziologischen Mächte, nämlich Königtum, Adel und Volk, und erschöpfte sich keineswegs in der Freiheits-sicherung: Adel und Volk teilen sich in die Legislative; dem König obliegt die vollziehende Gewalt²⁾. Adel und Volk begrenzen sich wechselseitig und zugleich das Königtum, durch das sie ihrerseits begrenzt werden³⁾. Lediglich die richterliche Gewalt ist keiner der gesellschaft-

ist die gebotene, die unter den konkreten Bedingungen der gegebenen Sachlage den Sinn der normativen Regelung optimal verwirklicht" (S. 15).

- 1) Vgl. seine Einführung zu der von ihm herausgegebenen deutschen Ausgabe: Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Bd. 1, S. XXX. Dazu auch BÜCKENFÜRDE, Gesetz, S. 30.
- 2) MONTESQUIEU, De l'Esprit des Lois, Buch 11, Kap. 6: "Ainsi, la puissance législative sera confiée, et au corps des nobles, et au corps qui sera choisi pour représenter le peuple ... La puissance exécutrice doit être entre les mains d'un monarque ...".
- 3) MONTESQUIEU, a.a.O.: "Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'un enchainera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutrice, qui le sera elle-même par la législative".

lichen und politischen Mächte zugewiesen. Bezeichnenderweise nennt sie MONTESQUIEU "en quelque façon nulle"^{1) 2)}. Die Tauglichkeit des Gewaltenteilungsprinzips als ein Mittel zur Mäßigung der Staatsgewalt und damit zur Sicherung der Freiheit des Einzelnen ist deshalb überhaupt bestritten worden. So meint insbesondere Werner WEBER, das Gewaltenteilungsprinzip sei zu einem "bloßen Ordnungsschema" geworden³⁾. Legislative, Exekutive und rechtsprechende Gewalt seien "nur noch Formeln und abstrakte Konstruktionen"⁴⁾. Hinter jeder Gewalt stünden überdies dieselben Mächte, nämlich eine Vielzahl "oligarchischer Herrschaftsgruppen" - vor allem die Parteien, ferner die Gewerkschaften, Wirtschafts- und Arbeitgeberverbände, Kirchen und sonstige Einflußgruppen - als "politische Stände neuer Art"⁵⁾. Somit bestehe eine Art "Gewaltenvereinigung im Hintergrund"⁶⁾. Die Gewährleistung der politischen Freiheit durch Vereitelung jedweder Macht-

1) A.a.O.

2) Die Behandlung der richterlichen Gewalt bei Montesquieu zeigt bereits den Ansatzpunkt für das moderne Verständnis der Gewaltenteilung, für das - worauf P.SCHNEIDER (AÖR Bd. 43 NF, S. 1, 25) aufmerksam gemacht hat - das funktionelle Moment von wesentlicher Bedeutung ist (im einzelnen unten S. 58). Allerdings habe ich Zweifel, ob Montesquieu die Bedeutung des Funktionellen der Gewaltenteilung bereits erkannt hat. Wäre dies der Fall, so hätte er die richterliche Gewalt wohl nicht als "nulle" bezeichnet, womit ihre Rolle im politischen Kräftespiel gemeint sein dürfte, während die Schrecklichkeit der richterlichen Gewalt, von der Montesquieu ebenfalls in diesem Zusammenhang spricht, ihr Verhältnis zu den Menschen betrifft ("si terrible parmi les hommes"); dazu KRAUSS, Festschrift f. C.Schmitt, S.103, 112; vgl. auch die von Krauss (a.a.O.) zitierte Bemerkung von Maurice HAURIOU, Principes de Droit public, S. 38, über die richterliche Gewalt bei Montesquieu: "c'est-à-dire qu'elle est terrible comme pouvoir sur le justiciable, mais elle est nulle comme efficacité vis-a-vis des pouvoirs politiques de l'Etat, parce qu'elle n'a pas la puissance d'empêcher leur action".

3) Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, S. 26.

4) A.a.O., S. 42.

5) A.a.O. S. 42 ff.

6) A.a.O. S. 44.

konzentration werde in Wahrheit nicht durch das "inzwischen weithin substanzlos gewordene Dreiteilungsschema" erreicht, sondern durch jenen "Pluralismus der Oligarchien", der "geradezu ein ideales System der Gewaltenteilung und Gewaltenbalance" darstelle¹⁾.

Daran ist richtig, daß sich heute die politischen und sozialen Mächte nicht mehr mit den Staatsgewalten decken, was freilich hinsichtlich der richterlichen Gewalt schon immer der Fall war. Das Gewaltenteilungssystem kann daher auch nicht mehr im Sinne MONTESQUIEU als ein System der gegenseitigen Ausbalancierung jener Mächte verstanden werden. Sie ließen sich nur solange mit den Staatsgewalten in ein Deckungsverhältnis bringen, als sie festgefügte, in sich geschlossene und dauerhafte historisch-soziologische Gruppen darstellten. Die politischen "Stände neuer Art" entziehen sich mangels einer derartigen historisch-soziologischen Grundlage einem solchen Einbau in das Dreiteilungssystem²⁾. Wollte man dennoch den Sinn der Gewaltenteilung in einer Ausbalancierung der politisch-sozialen Mächtegruppen sehen, so wären in der Tat nur leere Hüllen in ein Balanceverhältnis gebracht. Die Staatsgewalten als solche sind keine aus sich heraus nach Macht strebenden politischen Potenzen mehr. Legislative und Exekutive sind daher, wie WEBER zutreffend bemerkt³⁾, im wesentlichen nur noch das Instrumentarium, dessen sich andere, von außen kommende Kräfte bedienen, um ihren politischen Geltungsanspruch zu verwirklichen.

Der infolge Veränderung der soziologischen Verhältnisse eingetretene Fortfall der Balancefunktion (gegenüber den politisch-sozialen Mächtegruppen) der Gewaltenteilung rechtfertigt aber nicht die Auffassung, die Gewaltenteilung sei heute kein taugliches Mittel mehr zur Mäßigung der Staatsgewalt und zur Freiheitssicherung. Dies hat auch

1) A.a.O., S. 57/58; vgl. auch S. 26.

2) Ob sie auf eine andere Weise in das Verfassungssystem eingefügt werden können, z.B. die Wirtschaftsverbände in Gestalt eines Wirtschaftsrats, kann hier dahingestellt bleiben; dazu FRIESENHAHN, VVDStRL H. 16, S.29, vgl. insbesondere die dort in Anm. 50 angegebene Literatur.

3) A.a.O., S. 42⁷ ff.

Werner WEBER inzwischen an anderer Stelle ¹⁾ eingeräumt. Dort führt er aus: Die Verfassung stelle den Machthträgern unserer Zeit "das Instrument der Staatsapparatur nicht als schlagkräftige Waffe, sondern nur in der komplizierten, überall auf Brechung ungehinderter Machtbetätigung bedachten Form zur Verfügung, wie sie das Gewaltenteilungssystem mit einem beträchtlichen Arsenal juristischer Mittel kunstvoll ausgebildet hat". Und weiter: "So betrachtet, hat das Gewaltenteilungssystem unserer Verfassungen nur die Funktion, die Machtprätendenten und Machthaber unserer Zeit im Gebrauch der staatlichen Herrschaftsapparatur zu disziplinieren und zu begrenzen".

2. Verlagerung auf das funktionelle Moment der Gewaltenteilung

Wollte man die Wirkkraft des Gewaltenteilungssystems verneinen, weil die Staatsgewalten heute nicht mehr mit den politisch-sozialen Mächtigkeitsgruppen in ein Deckungsverhältnis gebracht werden können, so hieße das, die "große Bedeutung des Funktionellen"²⁾ unbeachtet zu lassen. Freilich ist auch das funktionelle Moment der Gewaltenteilung nicht isoliert, sondern in seiner Wirkung auf die "Machtprätendenten und Machthaber unserer Zeit" zu sehen; denn dem "Gesetz der Macht"³⁾ unterliegt nicht der Staat als solcher, sondern die ihn repräsentierenden Personen und Gruppen.

Von den modernen "oligarchischen Herrschaftsgruppen" interessieren hier nur die Parteien. Alle übrigen Interessengruppen sind unter der Geltung des über das Medium der politischen Parteien durchgeführten demokratischen Staatsprinzips gezwungen, sich über die Parteien (in Gestalt der Abgeordneten und Regierungsmitglieder) Geltung zu verschaffen. Nur von den Parteien kann daher unmittelbar eine Gefahr für den Rechtsstaat ausgehen, genauer: von der an die Macht gelangten Partei bzw.

1) Festschrift f. C.Schmitt, S. 253, 263/64.

2) So mit Recht P.SCHNEIDER, AÖR Bd. 43 NF, S. 1, 25.

3) KÄGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 44/45.

Parteiengruppe¹⁾). Sie gilt es zu mäßigen. Es ist daher auch nicht richtig, daß der "Pluralismus der Oligarchien", wie WEBER meint²⁾, ein ideales System der Gewaltenteilung und Gewaltenbalance darstellt. Denn von einer Gewaltenbalance kann nicht mehr die Rede sein, wenn einer jener Oligarchien, nämlich einer bestimmten Partei oder Parteiengruppe, die Leitung des Staates und damit dessen Machtapparat übertragen wird. Daß sie jedoch diesen Machtapparat nicht zum Zwecke der Beseitigung der Rechtsstaatlichkeit einsetzen kann, dazu hat das Gewaltenteilungssystem beizutragen. Die Regierungspartei ist zwar grundsätzlich in der Lage, ihre Macht in allen drei Gewalten und mithin auch durch sie gegenüber dem Bürger auszuüben. Insofern trifft WEBERS Behauptung einer "Gewaltenvereinigung im Hintergrund"³⁾ zu. Sie vermag ihre Macht in den einzelnen Gewalten aber nur in unterschiedlichem Maße auszuüben, wodurch auch heute noch eine Hemmungs- und Kontrollwirkung entsteht.

Am uneingeschränktesten kann sich die Parteimacht in der Exekutive entfalten, insbesondere dann, wenn Kanzleramt und Parteivorsitz in Personalunion geführt werden. Mit der Exekutive steht der Partei ein im wesentlichen hierarchisch gegliedertes und auf Gehorsam ausgerichtetes Machtinstrument zur Verfügung. Von diesem Machtinstrument, in der Hand autoritärer Kräfte, geht die eigentliche und unmittelbare Gefahr für die Freiheit des Einzelnen aus. Man mag zwar die "Macht der Bürokratie" als ein Gegengewicht gegenüber der von der Exekutivspitze

1) Die Möglichkeit einer sich von vornherein außerhalb der Verfassung vollziehenden revolutionären Umwälzung kann hier unberücksichtigt bleiben. Eine solche Entwicklung vermag das Gewaltenteilungssystem nicht zu verhindern. Die Gewaltenteilung kann allenfalls verhindern, daß die verfassungsmäßige Machtausübung in eine verfassungswidrige abgeleitet.

2) A.a.O., S. 57/58.

3) A.a.O., S. 44.

her eindringenden parteipolitischen Einflußnahme anführen¹⁾ und darauf hinweisen, daß sich infolge der wachsenden Kompliziertheit der Verwaltung eine Art Gewaltenteilung innerhalb der Exekutive selbst vollziehe, nämlich in die Träger und Funktionen politischer Entscheidungen einerseits und fachlicher Erfahrung und Kenntnisse andererseits²⁾. Dies mag zutreffen, solange die an der Macht befindliche Partei die demokratischen Spielregeln im Grundsatz achtet, solange also mit einem Wechsel der Parteiherrschaft und damit der Exekutivspitze gerechnet werden muß. Gerade dann aber, wenn die Gewaltenteilung sich bewähren soll, wenn nämlich die an der Macht befindliche Partei einen absoluten Herrschaftsanspruch zu erheben und durchzusetzen beginnt, muß die Widerstandskraft und die politische Neutralität der Bürokratie angesichts der in der Vergangenheit gemachten Erfahrungen bezweifelt werden.

Wesentlich gezügelter vollzieht sich die Ausübung der Parteimacht in der Legislative (und zugleich durch sie nach Außen). Hier steht einer allzu starken Machtentfaltung einmal die Opposition entgegen, und zwar selbst dann, wenn die Regierungspartei die absolute Mehrheit besitzt. Freilich besteht immer die Möglichkeit einer Majorisierung der Minorität. Aber auf dem öffentlichen Forum des Parlaments vermag auch die Minderheit zu einem lenkenden Faktor zu werden³⁾. Dadurch wirkt zugleich das Parlament als Ganzes mäßigend auf die Exekutive. Zum anderen kommt hinzu,

1) So KLEINRAHM, AöR Bd. 40 nF, S. 153. Zum Problem der Bürokratie vgl. ferner FRIESENHAHN, VVDStRL H. 16, S. 29/30; vgl. auch die dort in Anm. 51 angegebene weitere Literatur.

2) Vgl. dazu PETERS, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, S. 27.

3) Zu den Waffen der Opposition gehört insbesondere das Initiativrecht, kraft dessen eine geschickte Opposition, wie PARTSCH (VVDStRL H. 16, S. 103) dargetan hat, der Regierung das Gesetzgebungsprogramm aus der Hand zu nehmen und ihr die Führungsrolle im Parlament zu entwinden vermag. Ferner gehört dazu das nach dem Grundgesetz (Art. 44) wie auch nach den meisten Länderverfassungen als Minderheitsrecht ausgestaltete Kontrollmittel der Untersuchungsausschüsse.

daß sich der Abgeordnete der Regierungspartei vor dem Hintergrund des Parlaments immer noch ein gewisses Maß an Unabhängigkeit seiner Partei gegenüber zu bewahren vermag¹⁾, so problematisch die in Art. 38 Satz 2 GG normierte Weisungsfreiheit des Abgeordneten in der Praxis auch sein mag. Kann somit v.MANGOLDT²⁾ gefolgt werden, wenn er es als eine alte Erfahrungstatsache bezeichnet, daß selbst zwischen einer Exekutive, an deren Spitze Persönlichkeiten aus den herrschenden Parteien stehen, und der Legislative ein gesundes Spannungsverhältnis bestehen kann, so darf aber nicht übersehen werden, daß dieses Spannungsverhältnis eben wegen des gemeinsamen Bindegliedes der Regierungspartei erheblich geringer ist gegenüber dem der klassischen Gewaltenteilung, in der sich völlig getrennte soziologische Mächte gegenüberstanden, und daß damit auch die Hemmungs- und Mäßigungswirkung entsprechend geringer ist.

Das verminderte Spannungsverhältnis zwischen Legislative und Exekutive wird zum Teil jedoch ausgeglichen durch verstärkte Kontrollbefugnisse der richterlichen Gewalt, einmal durch die Ausweitung der Verwaltungsgerichtsbarkeit infolge der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, zum anderen aber dadurch, daß mit der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit auch die Legislative einer gerichtlichen Kontrolle unterstellt wurde. In der richterlichen Gewalt (und mithin durch sie) vermag sich der parteipolitische Machtanspruch am geringsten zu verwirklichen. Auch WEBER meint³⁾, die Unabhängigkeit der

1) Mit Recht betont P.SCHNEIDER (AÖR Bd. 43 NF, S. 1, 26), daß selbst im Parlament, dem Hausbereich des parteipolitischen Pluralismus, nicht ausschließlich der sture Parteifunktionär oder der bedenkenlose Interessenvertreter herrschen und daß man sich doch allmählich peinlich den Bereichen der politischen Mythologie nähere, wenn man das Bild des parlamentarischen Geschehens allein an diesen Figuren orientiere. Gegen die Behauptung, daß im Bundestag immer nur die "Parteiwalze gedreht" werde, wendet sich auch FRIESENHAHN, VVDStRL H 16, S. 21; vgl. dort insbes. die Beispiele aus der Bundestagspraxis.

2) Kommentar zum Bonner GG, Art. 20 Anm. 5, S. 137/139.

3) A.a.O., S. 45 f.

Rechtspflege sei keine bloße Illusion; es sei allerdings nur eine Frage der Zeit, bis auch die "ständische Geschlossenheit des Richtertums" der "robusten Expansion" der politischen Kräfte unterliege. Diese Befürchtung WEBERS dürfte sich inzwischen als weitgehend grundlos erwiesen haben¹⁾.

Wird somit durch die Gewaltenteilung trotz der in gewissem Umfange sicherlich vorhandenen "Gewaltenvereinigung im Hintergrund" ein Spannungsverhältnis zwischen den Gewalten und damit eine Mäßigung der Staatsgewalt erreicht, so darf aber nicht übersehen werden, daß diese Mäßigungswirkung nicht mehr auf einer wechselseitigen Hemmung aller drei Gewalten beruht, sondern auf der Kontrollfunktion des Parlaments, das freilich seinerseits durch die richterliche Gewalt kontrolliert wird, und der richterlichen Gewalt gegenüber der von der Regierungspartei beherrschten Exekutive. Hierin liegt ein für eine wirklichkeitsbezogene Sicht des Verhältnisses von Legislative und Exekutive bedeutsamer Unterschied gegenüber der Funktionsweise des klassischen Gewaltenteilungssystems.

II. Grenzziehung zwischen Legislative und Exekutive durch die Legislative selbst

-
- 1) Dies zeigt insbesondere die Rechtsprechung des durch die Art. seiner Besetzung und den Gegenstand seiner Spruchstätigkeit besonders exponierten Bundesverfassungsgerichts; es sei hier nur an das Urteil im Fernsehstreit (BVerfGE 12, 205 ff.) erinnert. Am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich auch, daß eine Abhängigkeit von politischen Mächten bei der Besetzung der Richterstellen nicht unbedingt auch eine Einflußnahme jener bei der Spruchstätigkeit zur Folge haben muß. Dies rechtfertigt das Vertrauen KÜSTERS zum "Gesetz der Stelle, das verhältnismäßig schnell in einer Person zwei Seelen hervorzubringen weiß oder sie den Ursprung ihrer Macht vergessen läßt" (AÖR Bd. 36 NF, S. 413). Die anfänglich der Verfassungsgerichtsbarkeit gestellten negativen Prognosen (vgl. etwa PETERS, Festschrift f. Laforet, S. 27: "Danaergeschenk" an die Justiz) würden heute kaum wiederholt werden.

Beruhet aber die Mäßigungswirkung der Gewaltenteilung (von der hier nicht interessierenden Kontrolle der Legislative durch die richterliche Gewalt abgesehen) auf der Kontrolle der Exekutive durch die übrigen Gewalten, so muß - da jede Verringerung der Befugnisse des Parlaments zugunsten der Exekutive eine Minderung seiner Kontrollfunktion gegenüber dieser bewirkt - jeder Versuch, durch eine Beschneidung der Befugnisse der Legislative zu einer materiellen Funktionenunterscheidung zu gelangen, dem Sinn und Zweck der Gewaltenteilung zuwiderlaufen. Deshalb ist es auch rechtsstaatlich nicht vertretbar, wie verschiedentlich angesichts der Unmöglichkeit, alle generellen Rechtsetzungsakte vom Parlament vornehmen zu lassen, angeregt worden ist¹⁾, den Gesetzesbegriff und damit die Zuständigkeit des Parlaments nur noch auf die Rechtsnormen zu beschränken, die auf die Dauer bestimmt und geeignet sind, in das Rechtsbewußtsein der Bevölkerung einzugehen. Damit würde nicht nur der größte Teil der generellen Normsetzung der Zuständigkeit des Parlaments entzogen, sondern - da es sich bei den nicht auf die Dauer angelegten Regelungen meist um solche im Bereich des Wirtschaftlichen und Sozialen handelt - auch der im Sozialstaat für den Bürger bedeutsamste²⁾. Die Entmachtung des Parlaments wäre

-
- 1) Vgl. JAHREISS, Herrschaft nach dem Maß des Menschen, S. 23 ff.; SCHEUNER, Übertragung, S. 142; H. SCHNEIDER, VVDStRL H. 8, S. 52; PETERS, Festschrift f. Laforet, S. 23; Herbert KRÜGER, DÖV 1957, S. 686 ff.
 - 2) Mit Recht hat PARTSCH (VVDStRL H. 16, S. 92) eingewandt, die Anregungen ließen unberücksichtigt, daß in der modernen Gesellschaft die Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung den stärksten Widerhall bei der breiten Bevölkerung finde und deshalb auch am intensivsten von ihrem Rechtsbewußtsein umfaßt werde; die soziologischen Faktoren sprächen somit geradezu dagegen, den Gesetzesbegriff historisierend zurückzubilden.

offenbar¹⁾). Deshalb müßten die Reformvorschläge, zu deren Verwirklichung es schon wegen der in Art. 80 Abs. 1 GG vorgeschriebenen strengen Bindung der Verordnungsgebung an gesetzliche Ermächtigungen einer Verfassungsänderung bedürfte, an der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Unantastbarkeit des Gewaltenteilungsgrundsatzes scheitern. Im übrigen lassen sich die Dauerhaftigkeit einer Rechtsnorm und ihre Geeignetheit zum Eingang in das Rechtsbewußtsein des Bürgers mitunter erst rückschauend feststellen, so daß damit auch keineswegs sichere Abgrenzungskriterien gewonnen wären²⁾.

Eine umfassende materielle Funktionentrennung zwischen Legislative und Exekutive, d.h. eine solche, die der Tätigkeit der Gewalten vorgegeben ist und nicht erst

1) Die Entmachtung des Parlaments wäre auch nicht geringer, wenn man der Anregung BÜCKENFÜRDES (Gesetz, S. 341) folgen und das Verhältnis von Legislative und Exekutive in der Weise bestimmen wollte, daß der Legislative "die Begründung und Ausformung statusbezogener Rechtsverhältnisse, die Festlegung institutioneller Ordnungen für die verschiedenen Lebensbereiche" obliege, während die Exekutive innerhalb dieser Ordnungen - ähnlich wie die Polizeiverordnungen im Rahmen der polizeilichen Generalklausel - zweckbestimmte, von den Umständen abhängige Maßnahmeanordnungen erlassen dürfe. - Damit würde bestenfalls die Kontrollfunktion einseitig auf die dritte Gewalt verlagert. Aber auch dies erscheint zweifelhaft. Die vom Parlament etwa im Bereich des Wirtschaftlichen und Sozialen zu schaffenden Rahmenordnungen müßten wegen der dieser Materie innewohnenden Dynamik derart weitgefaßt sein, daß die Rechtsprechung gegebenenfalls bei einer Nachprüfung, ob sich die Exekutive innerhalb des gesetzlichen Rahmens gehalten hat, überfordert wäre. Insbesondere dürfte es der Rechtsprechung hier schwerlich gelingen, die Weite des gesetzlichen Rahmens durch feste Auslegungsgrundsätze auszufüllen, wie dies bei der polizeilichen Generalklausel möglich war. Eine derartige Zuordnung von Legislative und Exekutive würde somit kaum, wie BÜCKENFÜRDE meint, dem rechtsstaatlichen Bestreben nach meßbarer und gesicherter Umgrenzung exekutiver Anordnungsbefugnisse Rechnung tragen.

2) So hat z.B. das Mieterschutzgesetz vom 1.6.1923 (RGBl. I, S. 353), das als typisches Maßnahmegesetz die Folgen der nach dem Ersten Weltkrieg entstandenen unausgeglichene Wohnungsmarktlage mildern sollte, immerhin über 40 Jahre gegolten, wenn es nach seinem nunmehr durch das Gesetz zum Abbau der Wohnungszwangswirtschaft vom 23.6.1960 (BGBl. I, S. 389) eingefügten § 54 mit Ablauf des

durch die der Legislative geschaffen wird, ist aber anders als durch eine derartige einschneidende inhaltliche Beschränkung der Legislative gar nicht denkbar. Nur auf diese Weise ließe sich die Legislative materiell hinreichend von der Exekutive unterscheiden.

Kann aber der Gesetzesbegriff nicht auf bestimmte von den Anordnungen der Exekutive unterscheidbare Inhalte beschränkt werden, so kann die Funktionenunterscheidung (im Verhältnis Legislative - Exekutive!) nur noch als eine *f o r m e l l e* verstanden werden, womit im wesentlichen die bereits im Jahre 1914 von Erich KAUFMANN vertretene These von der Selbstbegrenzung der Legislative ihre Bestätigung findet: "Die gesetzgebende Gewalt ist die oberste auch in dem Sinne, daß s i e s i c h s e l b s t d i e G r e n z e n n a c h u n t e n z i e h t und damit das Maß der vollziehenden (staatlichen und gesellschaftlichen) Faktoren bestimmt. Die entscheidet nach souveränem Ermessen, ob sie allgemeine oder individuelle Sätze aufstellt, ob sie die staatlichen Behörden oder die Untertanen zu Adressaten macht, ob ihre Sätze unbestimmte oder begrenzte Geltungsdauer haben sollen; inwieweit sie Detailbestimmungen trifft oder sich mit allgemeinen Ermächtigungen oder Direktiven begnügt. Wo sie aufhört, setzen die vollziehenden Faktoren ein"¹⁾.

Freilich ist unter der Geltung des Grundgesetzes das Ermessen des Gesetzgebers insoweit nicht mehr "souverän", als es den Einschränkungen durch die sonstigen Verfassungsbestimmungen unterliegt (Art. 20 Abs. 3 GG). Hier sind insbesondere zu nennen die Bindung der Legislative an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG), vor allem an den Gleichheitssatz, dem insofern eine besondere Bedeutung zukommt, als er dem Gesetzgeber beim Erlass von Individualgesetzen Schranken zieht; das Verbot grundrechtseinschränkender Individualgesetze (Art. 19 Abs. 1 GG);

Jahres 1965 außer Kraft tritt. Es hat auch im Rechtsbewußtsein der Bevölkerung eine bedeutsame Rolle gespielt, eine bedeutsamere jedenfalls als die Mietrechtsnormen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

1) Verwaltung, Verwaltungsrecht, S. 696 (Hervorh.v.Verf.); vgl. auch derselbe in Übertragung, S. 174/175.

die Beschränkung bei der Befugnis zur Erteilung von Rechtsetzungsermächtigungen auf inhaltlich bestimmte Ermächtigungen (Art. 80 Abs. 1 GG). Schon mit Rücksicht auf die der Legislative durch das Grundgesetz auferlegten Beschränkungen, deren Beachtung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit gewährleistet ist, ist es nicht gerechtfertigt, von der "Gefahr eines Parlamentsabsolutismus"¹⁾ zu sprechen. Im übrigen wird bei diesem Schlagwort, wenn es bei der Erörterung der Beziehungen zwischen Legislative und Exekutive gebraucht wird, wiederum die MONTESQUIEU'sche Konzeption der Gewaltenteilung zugrunde gelegt und der inzwischen in der Funktionsweise der Gewaltenteilung eingetretene Wandel nicht berücksichtigt.

Aber selbst wenn es auch im Verhältnis zur Exekutive auf eine Hemmung der Legislative ankäme, so wäre die (im Rahmen der Verfassung) "souveräne" Grenzziehungsbefugnis der Legislative für die tatsächliche Machtverteilung zwischen den beiden Gewalten nicht entscheidend. Den rechtlichen Befugnissen der Legislative steht nämlich der faktische Einfluß gegenüber, den die Exekutive dadurch auf die Gesetzgebung hat, daß sie allein auf Grund ihrer Fachbürokratie ohne Schwierigkeiten in der Lage ist, das gewaltige Spezialwissen aufzubringen, das im modernen Sozialstaat nun einmal zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben erforderlich geworden ist²⁾. Diese faktische Überlegenheit der Exekutive über die Legislative dürfte sich mit der fortschreitenden Technisierung und Komplizierung des gesellschaftlichen Zusammenlebens, nicht zuletzt auch durch die fortschreitende Internationalisierung³⁾, noch weiter verstärken. Dadurch ist der

1) FRIESENHAHN, VVDStRL H. 16, S. 39.

2) Dazu im einzelnen PARTSCH, VVDStRL H. 16, S. 76 ff.; ferner PETERS, Festschrift f. Laforet, S. 19 ff., insbes. S. 27; die Notwendigkeit einer verstärkten Kontrolle über die Exekutive im modernen "Verwaltungsstaat" betont auch DRATH, Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht, S. 132.

3) Dazu PARTSCH, a.a.O., S. 98 ff.

Gesetzgeber schon im Gesetzgebungsverfahren auf die Mitarbeit der Exekutive angewiesen¹⁾, so daß auch aus diesem Grunde schwerlich von der Gefahr eines Parlamentsabsolutismus die Rede sein kann. Vielmehr zwingt das Angewiesensein einerseits der Exekutive auf die rechtlichen Befugnisse der Legislative und andererseits der Legislative auf den Sachverstand und die Mitarbeit der Exekutive beide Gewalten, "d'allier de concert"²⁾, was der politischen Intention MONTESQUIEU eher gerecht werden dürfte als eine starre Zuständigkeitsverteilung auf beide Gewalten, die zwar dem offenbar im deutschen Wesen verwurzelten Reglementierungsbedürfnis entsprechen mag, aber, worauf DRATH mit Recht hinweist³⁾, stets die Gefahr des Erstarrens an Stelle lebendiger Entwicklung schafft.

Kann einerseits das Gesetz nicht auf bestimmte Inhalte beschränkt werden und ist deshalb die Trennung zwischen Legislative und Exekutive lediglich eine formelle, so ist andererseits aber eine strenge Einhaltung dieser formalen Trennung erforderlich; andernfalls würde das Gewaltenteilungsprinzip überhaupt aufgelöst. Das schließt zweierlei ein: Zum einen die Notwendigkeit einer strengen Handhabung der personellen Gewaltenteilung⁴⁾. Zum anderen

1) PETERS, a.a.O., S. 27.

2) MONTESQUIEU, De L'Esprit des lois, Buch 11, Kap. 6.

3) Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht, S. 131.

4) Daß diese jedenfalls strenger zu handhaben ist als die (herkömmliche) funktionelle Gewaltenteilung, ist auch die Auffassung des BVerwG, das in BVerwGE 4, 191, 194, betont, daß der Schwerpunkt der die Gewaltenteilung konstituierenden Vorschrift des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG auf den Worten "besondere Organe" liege. Praktisch wendet sich das Gericht aber auch von der materiellen Auffassung der Gewaltenteilung ab, wenn es ausführt (a.a.O.): "Was zu den Aufgaben der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung im einzelnen gehört, ist in herkömmlicher Weise dem Gesetzgeber überlassen".

aber, daß das Parlament nicht unmittelbar, d.h. ohne den Weg über das förmliche Gesetz zu nehmen, in die laufende Verwaltungsführung eingreift; denn damit würde sich das Parlament praktisch selbst zur Exekutivspitze machen. Nichtgesetzlichen Entschlüssen des Parlaments kann daher nur da eine Verbindlichkeit gegenüber der Exekutive zuerkannt werden, wo dies das Grundgesetz ausdrücklich bestimmt¹⁾. Im übrigen kann ihre Durchsetzung nur im Wege parlamentarisch-politischer Kampfmittel erfolgen²⁾.

Zweiter Abschnitt

E r g e b n i s s e f ü r d a s V e r o r d n u n g s r e c h t

A. In dogmatischer Hinsicht: Zugehörigkeit des Verordnungsrechts zur Exekutive

Ist die Gewaltenteilung, jedenfalls hinsichtlich des Verhältnisses von Legislative und Exekutive zueinander, nach dem Grundgesetz als eine formelle anzusehen in dem Sinne, daß der Gesetzgeber den Aufgabenbereich der Exekutive bestimmt, so ist die dogmatische Einordnung des Verordnungsrechts einfach: Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung sind Formen des Verwaltungshandelns und als solche Ausübung exekutiver Aufgaben.

Damit ist die Rechtsverordnung nicht mehr als delegierte Gesetzgebung (im materiellen Sinne) aufzufassen. Diese Auffassung der traditionellen Lehre war im übrigen nicht nur

-
- 1) So etwa der Beschluß über die Feststellung des Verteidigungsfalles nach Art. 59a Abs. 1 (dagegen bedarf es zur Feststellung des Friedensschlusses nach Abs. 4 der Vorschrift eines Gesetzes).
 - 2) So hat das BVerwG in BVerwGE 12, 16, 20, die bei Verabschiedung des Mineralölgesetzes vom 31.5.1951 (BGBl. I, S. 371) gefaßte Entschlüsselung des Parlaments vom 26.4. 1951 (Bundestagsdrucksache Nr. 2193, Stenoprot. S. 5551 D), durch die die Bundesregierung ersucht wurde, von der in § 2 Abs. 2 des Gesetzes enthaltenen Verordnungsermächtigung in einem bestimmten Sinne Gebrauch zu machen, für nicht verbindlich erklärt, "weil der Bundestag nicht die Form des Gesetzes gewählt hat". Vgl. auch BACHOF in seiner Besprechung dieser Entscheidung, JZ 1962, S. 355 (unter Ziff. 27).

deshalb wenig wirklichkeitsnah, weil das Parlament die als Rechtsverordnungen ergehenden Regelungen zum großen Teil selbst gar nicht erlassen könnte¹⁾, sondern auch deshalb, weil sie den (in der Regel) unterschiedlichen Rang von Gesetz und Verordnung nicht berücksichtigte. Delegation bedeutet, daß ein Organ seine Befugnisse oder einen Teil seiner Befugnisse auf ein anderes Organ überträgt²⁾. Bei der Erteilung von Rechtsverordnungsermächtigungen überträgt aber der Gesetzgeber gar nicht seine Befugnisse, d.h. so wie er sie besitzt, weil die Rechtsverordnungen - abgesehen von den gesetzvertretenden Verordnungen - nicht den gleichen Rang und die gleiche Wirkungskraft besitzen wie die Rechtsetzungsakte des Parlaments.

Wenn die traditionelle Lehre ihre Auffassung, die Exekutive nehme beim Erlaß von Rechtsverordnungen keine eigenständige Aufgabe wahr, sondern eine solche des Parlaments, darauf stützt, daß Rechtsverordnungen, jedenfalls nach dem Grundgesetz³⁾, einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Verwaltung, wo sie dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt, niemals "eigenständig" ist im eigentlichen Sinne, nämlich von der Legislative unabhängig. Das gilt für die individuellen Akte der Verwaltung nicht weniger als für die generellen. Auch Verwaltungsakte (im Bereich der Eingriffsverwaltung) kann die Verwaltung erst erlassen, wenn der Gesetzgeber

1) Vgl. oben S. 11 f.

2) Vgl. TRIEPEL, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, S. 23.

3) Im Gegensatz zum Grundgesetz enthalten einige Landesverfassungen Ermächtigungen zu einem auf Ausführungsverordnungen beschränkten selbständigen Verordnungsrecht. So die Verfassungen von Bayern (Art. 55 Abs. 2 Satz 2), Baden-Württemberg (Art. 61 Abs. 2), Berlin (Art. 47 Abs. 1), Bremen (Art. 124), Hessen (Art. 107), Rheinland-Pfalz (Art. 110) und die des Saarlandes (Art. 106). Zum Teil wird dies jedoch bestritten und die Auffassung vertreten, die genannten Bestimmungen enthielten nur Zuständigkeitsregelungen; zu dem Streit um Art. 107 der hessischen Verfassung, wobei sich die erstere Auffassung durchgesetzt hat, vgl. GROSS, DÜV 1962, S. 54 ff.

ihr die Rechtsgrundlage dafür geschaffen hat. Freilich ergibt sich die Befugnis der Verwaltung zum Erlaß der erforderlichen Verwaltungsakte mit dem Gesetz von selbst, während es einer ausdrücklichen Erwähnung bedarf, wenn die Verwaltung auch zu Rechtsverordnungen berechtigt sein soll. Auch das spricht nicht gegen eine Zuordnung der Rechtsverordnung zur Exekutive; der Unterschied rechtfertigt sich vielmehr daraus, daß das Gesetz, jedenfalls das generelle, immer einer Individualisierung durch Einzelakte bedarf, nicht aber immer einer Ergänzung (in einem weiteren, untechnischen Sinne) durch Rechtsverordnungen.

Die formelle Auffassung der Unterscheidung zwischen Legislative und Exekutive ermöglicht auch allein eine befriedigende Lösung der dogmatischen Schwierigkeiten, die sich aus der Notwendigkeit einer konkurrierenden Zuständigkeit beider Gewalten zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften ergeben. Da die Aufgaben der Exekutive dort beginnen, wo der Gesetzgeber aufhört, hat die Exekutive die Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften (hier als Verwaltungsverordnungen), solange der Gesetzgeber sie nicht selbst erläßt. Soweit der Gesetzgeber von seiner Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften keinen Gebrauch macht, ist ihr Erlaß Aufgabe der Exekutive.

Wenn gleichwohl bisher jeder Versuch, die "theoretisch durchaus unfundierte und praktisch unbrauchbare"¹⁾ Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Gesetz aufzugeben, auf erbitterten Widerstand gestoßen ist²⁾, so zeigt sich darin, daß es - wie BÜCKENFÖRDE bemerkt hat³⁾ - auch in der Wissenschaft zuweilen "instinktive" Abwehrhaltungen gibt. Diese Abwehrhaltung dürfte im wesentlichen auf zwei Ursachen zurückgehen:

1) Heller, VVDStRL H. 4, S. 133.

2) Vgl. etwa die Reaktion KLEINS auf den Diskussionsbeitrag von E.KAUFMANN auf der Weinheimer Tagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, in: Übertragung, S. 179.

3) Gesetz, S. 282 Anm. 2

Zum einen auf die Überbewertung des generellen Gesetzes, das vielfach als das rechtsstaatlich allein anerkennenswerte empfunden wird¹⁾. Wie wenig jedoch die Rechtsstaatlichkeit mit dem generellen Gesetzesbegriff zu tun hat, beweist die Fülle von generellen Unrechtsgesetzen vergangener und gegenwärtiger totalitärer Regime. Mit Recht bemerkt dazu BALLERSTEDT, daß eine durch Gesetz angeordnete Vernichtung "lebensunwerten" Lebens, auch wenn es die Art. 1 - 3 GG nicht gäbe, nicht deswegen Recht wäre, weil es allgemein und gleichheitlich verfügt wäre, daß vielmehr ein Akt des Unrechts Unrecht bleibe, auch wenn er sich hundert- oder tausendfach wiederholt²⁾.

Zum anderen auf die Vorstellung, daß die Freiheit des Bürgers bedroht ist, wenn Normsetzung und Normvollzug in einer Hand liegen. Diese Vorstellung ist zwar, generell gesehen, durchaus berechtigt, nicht aber unter der Geltung des in Art. 80 GG enthaltenen Grundsatzes der inhaltlichen Bestimmtheit von Rechtsverordnungsermächtigungen. Muß "die Ermächtigung so genau bestimmt sein, daß schon aus ihr und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung erkennbar und vorhersehbar sein muß, was von dem Bürger gefordert werden kann"³⁾, so kann eine derart begrenzte Normsetzungsbefugnis der Verwaltung

1) So vor allem in der Schweizer Staatsrechtslehre; vgl. etwa H. HUBER, Festgabe f. Giacometti, S. 59 ff.; ferner KÄGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, insbes. S. 18 ff.

2) Festschrift f. Schmidt-Rimpler, S. 381 f.

3) BVerfG in BVerfGE 7, 282, 302.

schwerlich die Freiheit des Staatsbürgers bedrohen¹⁾).

B. In praktisch-rechtlicher Hinsicht:

I. Zulässigkeit gesetzvertretender Verordnungen

Angesichts des Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 80 GG können auch die Bedenken nicht durchgreifen, die gegenüber Ermächtigungen zu gesetzvertretenden Verordnungen von der Gewaltenteilung her an sich naheliegen, weil die Exekutive hier, insbesondere bei den Ermächtigungen zu gesetzändernden Verordnungen, zu Eingriffen in die Gesetzgebung ermächtigt wird. Da auch diese Verordnungen dem in der ihnen zugrunde liegenden Ermächtigung weitgehend geäußerten Willen des Gesetzgebers zu entsprechen haben und für eigene Vorstellungen der Exekutive nur einen eng bemessenen Raum lassen, können diese Eingriffe in den Bestand von Gesetzen im Kern auf den Willen des Gesetzgebers selbst zurückgeführt werden; sie gefährden deshalb auch nicht seine Souveränität²⁾).

Die Anerkennung der Zulässigkeit gesetzvertretender Verordnungen entspricht auch dem dringenden praktischen Bedürfnis danach, die Exekutive in bestimmten Fällen auch

1) Die Bestimmung des Art. 80 GG wird zu Recht als Ausfluß des Rechtsstaats- und Gewaltenteilungsgedankens angesehen, allerdings nicht in dem Sinne, daß damit die Zuordnung der generellen Normen schlechthin zum "Hausgut" der Legislative ihren Ausdruck gefunden hat, sondern in dem Sinne, daß sich der Gesetzgeber nicht seiner Stellung als oberste rechtsetzende Gewalt, d.h. seiner Führungsrolle bei der Normsetzung begeben darf. Insoweit muß Art. 80 GG über Art. 28 Abs. 1 GG auch für die Landesgesetzgebung als verbindlich angesehen werden. Ob allerdings die Bestimmung des Art. 80 GG auch insoweit rechtsstaatlich geboten ist, als sie auch reine Ausführungsverordnungen dem Erfordernis einer Spezialermächtigung unterwirft, erscheint sehr zweifelhaft (vgl. dazu auch Herbert KRÜGER, DÖV 1957, S. 686 ff., insbes. S. 690 f., der die Ausführungsverordnungen als ein "Amtsrecht" der Exekutive ansieht). Insoweit wird man Art. 80 GG kaum als für die Landesgesetzgebung verbindlich erachten können.

2) Auch aus Art. 129 Abs. 3 GG wird man die Unzulässigkeit von (künftigen) Ermächtigungen zu gesetzvertretenden Verordnungen nicht herleiten können. Abgesehen davon, daß es sich hierbei um eine Sonderbestimmung

zu einer Einwirkung auf Gesetze zu ermächtigen, insbesondere im Bereich der staatlichen Wirtschafts- und Soziallenkung, wo sich die zugrunde liegenden Verhältnisse leicht ändern und eine schnelle Anpassung des Rechts an die veränderten Umstände erforderlich machen, zu der das Parlament mit seinem relativ schwerfälligen Gesetzgebungsverfahren aber im Gegensatz zur dynamischen Exekutive oft nicht in der Lage ist¹⁾.

für alte, aus der Zeit vor Inkrafttreten des Grundgesetzes stammende Ermächtigungen handelt, die nicht ohne weiteres auch auf künftige Ermächtigungen bezogen werden kann, wird man auch diese Bestimmung entgegen der Auffassung des BVerfG (BVerfGE 2, 330) nicht in der Weise auslegen dürfen, daß alle, also auch die bestimmten, Ermächtigungen zu gesetzvertretenden Verordnungen erloschen sein sollen. Zu der Auslegung des BVerfG zwingt weder der - recht unklar gefaßte - Wortlaut, noch der Rechtsstaatsgedanke. Vielmehr wird man mit SCHMIDT (NJW 1952, S. 1239) davon ausgehen müssen, daß Art. 129 Abs. 3 GG ausschließlich durch den führerstaatlichen Ermächtigungsmißbrauch motiviert und dazu bestimmt ist, die drei Haupterscheinungsformen dieses Mißbrauchs zu beseitigen, nämlich die Ermächtigung zur vereinfachten Gesetzgebung und die damals üblichen generellen Änderungsermächtigungen sowie die generellen Ergänzungsermächtigungen.

- 1) Aus diesem Grunde ermächtigt etwa der bereits im Zusammenhang mit den Mitwirkungsvorbehalten erwähnte § 77 des Zollgesetzes vom 21.6.1961 (BGBl. I, S. 737) die Bundesregierung dazu, aus wirtschaftlichen Gründen Zollsätze aufzuheben, zu ermäßigen oder zu erhöhen; vgl. ferner § 22 des Bundessozialhilfegesetzes vom 30.6.1961 (BGBl. I, S. 815), wonach die Unterstützungssätze wegen der wechselnden und auch örtlich verschiedenen Lebenshaltungskosten durch Rechtsverordnung des Bundesinnenministers bzw. der zuständigen Landesbehörden bestimmt werden; § 16 des Zweiten Bundesmietengesetzes vom 23.6.1960 (BGBl. I, S. 389), worin die Bundesregierung ermächtigt wird, die in § 15 des Gesetzes bestimmten Termine zur Freigabe der Mietpreise durch Rechtsverordnung um ein Jahr zu verlegen, sofern es die Lage auf dem Wohnungsmarkt erfordert; ferner § 3c des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes i.d.F. vom 23.6.1960 (BGBl. I, S. 418), wonach die Aufhebung der Wohnraumbewirtschaftung gebietsweise entsprechend der jeweiligen Wohnraumlage durch Rechtsverordnungen der Landesregierungen erfolgt -. Die Reihe solcher Beispiele läßt sich noch fortsetzen.

Sind - mit der Beschränkung durch Art. 80 GG - Ermächtigungen zu einfachen wie zu gesetzvertretenden Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz in gleicher Weise zulässig, so wird man der Unterscheidung aber eine über diese Frage hinausgehende praktische Bedeutung nicht zumessen können. Man wird also nicht etwa die gesetzvertretenden Verordnungen wie Gesetze behandeln dürfen, was für die Frage der Verkündung¹⁾ und für die Frage der gerichtlichen Nachprüfung²⁾ von Bedeutung ist³⁾. Auch wenn Rechtsverordnungen mitunter den Rang von Gesetzen haben, so werden sie dadurch doch nicht selbst zu Gesetzen, sondern bleiben Verordnungen und sind als solche zu behandeln.

II. Keine quantitative Beschränkung von Verordnungs-ermächtigungen

Ebenfalls wegen des die parlamentarische Ermächtigungs-befugnis einschränkenden Bestimmtheitsgrundsatzes, der den Rechtsetzungsakten der Exekutive einen stark ausführenden Charakter verleiht, besteht von der Gewalten-

-
- 1) Entgegen der Auffassung von SCHACK (DÖV 1962, S. 657, Anm. 58) sind daher Vorschriften, die bei Rechtsverordnungen eine andere Art der Verkündung als bei den Gesetzen zulassen (etwa die Verkündung im Bundesanzeiger nach § 1 des Gesetzes über die Verkündung von Rechtsverordnungen vom 30.1.1950, BGBl. I, S. 23), auch auf gesetzvertretende Verordnungen zu beziehen.
 - 2) Auch die gesetzvertretenden Verordnungen unterliegen daher in vollem Umfang, d.h. in positiver wie in negativer Hinsicht, dem allgemeinen richterlichen Prüfungsrecht, und zwar sowohl hinsichtlich ihrer Übereinstimmung mit der gesetzlichen Ermächtigung, als auch - da nach der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 1, 184 ff.) der "konkreten" Normenkontrolle des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG nur Gesetze "im formellen Sinne" unterliegen - hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit.
 - 3) Nicht jedoch für das Verhältnis der Rechtsverordnungen untereinander. Zwar kann eine gesetzvertretende Verordnung immer nur (abgesehen vom Gesetz) durch eine gesetzvertretende geändert oder ergänzt werden. Aber um eine solche handelt es sich eben dann immer.

teilung her keine Notwendigkeit, den Gesetzgeber - wie HAMANN es will¹⁾ - über den Wortlaut des Art. 80 GG hinaus zu verpflichten, von der Ermächtigungsbefugnis nur in Ausnahmefällen Gebrauch zu machen und in der Regel alles vollständig selbst zu normieren. Im übrigen wird sich angesichts der Überlastung des Parlaments und der noch wachsenden Staatsaufgaben das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung, das noch als ein im Vergleich mit anderen Ländern relativ günstiges bezeichnet wird²⁾, schwerlich zugunsten des Gesetzes verschieben lassen³⁾.

III. Die parlamentarischen Mitwirkungsvorbehalte

Die Frage nach der Zulässigkeit parlamentarischer Mitwirkungsvorbehalte in Rechtsverordnungsermächtigungen kann nicht hinsichtlich aller bisher in der Gesetzgebungspraxis verwendeten Formen einheitlich beantwortet werden.

Als zulässig sind die Vorbehalte der Kenntnisaufnahme und der Anhörung anzusehen, und zwar auch dann, wenn die Kenntnisnahme bzw. Anhörung nur eines Parlamentsausschusses vorbehalten wird. Sie erleichtern lediglich die politische Kontrolle und Einflußnahme, die unter der Geltung des parlamentarischen Regierungssystems zu den legitimen Befugnissen des Parlaments gehören. Die Vorbehalte der

-
- 1) Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, S. 60 f.
 - 2) Vgl. dazu PARTSCH, VVDStRL H. 16, S. 91, der darauf hinweist, daß dieses Ergebnis kaum zu erreichen gewesen wäre, wenn nicht die klaren und eindeutigen Mehrheitsverhältnisse der ersten Bundestage es der Regierung ermöglicht hätten, die ihr wesentlichen Gesetzesvorhaben durchzubringen.
 - 3) Um dies feststellen zu können, bedarf es entgegen der Ansicht von HAMANN (a.a.O., S. 60) keiner Untersuchung, ob die bisher ergangenen Rechtsverordnungsermächtigungen im einzelnen notwendig waren; im übrigen dürfte sich das nachträglich kaum feststellen lassen, insbesondere schon deshalb nicht, weil die Leistungsfähigkeit des Parlaments nicht exakt meßbar sein dürfte.

Kenntnisnahme oder Anhörung sind rechtlich nicht anders zu beurteilen, als die vielfach der Verwaltung gesetzlich auferlegten Verpflichtungen zur Kenntnisgabe bzw. Anhörung von anderen Stellen, die nicht Verfassungsorgane sind, etwa von Wirtschaftsverbänden, sachverständigen Gremien und dgl.¹⁾.

Als unzulässig sind jedoch die Mitwirkungsvorbehalte anzusehen, die dem Parlament über eine Erleichterung seiner politischen Kontrollaufgabe hinaus die Befugnis zu einer rechtlichen Einflußnahme auf die Ausübung exekutiver Rechtsetzung gewähren, also die Vorbehalte der Zustimmung bzw. des Einvernehmens, der Genehmigung und der Anweisung.

Die Befürworter der Mitwirkungsvorbehalte verteidigen diese²⁾, soweit es sich um die Frage ihrer rechtlichen Zulässigkeit (und nicht um die ihrer Zweckmäßigkeit und Erwünschtheit) handelt, mit zwei Argumenten: Einmal mit dem bereits oben³⁾ genannten argumentum a maiori ad minus, nämlich daß durch die Mitwirkungsvorbehalte nur die durch die Rechtsetzungsermächtigung an die Exekutive bewirkte Durchbrechung der Gewaltenteilung gemildert werde⁴⁾, und zum anderen mit dem Argument, daß das Grundgesetz angesichts der vor-grundgesetzlichen Gesetzgebungspraxis die Mitwirkungsvorbehalte ausdrücklich verboten hätte, wenn sie nunmehr unzulässig sein sollten⁵⁾.

Das erste Argument überzeugt schon deshalb nicht, weil es die formelle Seite des Problems außer acht läßt, nämlich daß die Mitwirkung des Parlaments bei der Verordnungs-

1) Vgl. auch B.WOLFF, AÖR Bd. 78, S. 217.

2) Auf Differenzierungen hinsichtlich der einzelnen Vorbehalte soll hier nicht eingegangen werden.

3) S. 27.

4) Vgl. die oben S. 28 Anm. 1 angegebene Literatur.

5) Vgl. etwa KLEIN, Übertragung, S. 101.

gebung außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens durch schlichte Beschlüsse erfolgt. Selbst wenn man an der herkömmlichen Funktionenlehre festhalten will, so muß man doch feststellen, daß mit den Mitwirkungsvorbehalten nicht "nur" eine Milderung der Gewaltenteilungsdurchbrechung, sondern noch etwas weiteres bewirkt wird: Das Parlament verläßt den Weg des Gesetzgebungsverfahrens, den es sonst immer einhalten muß, wenn es selbst Rechtsnormen setzen will. Hier hilft der Hinweis nicht, daß die Verordnungsermächtigung "keine echte, devolvierende oder translativ" ist, sondern "eine unechte im Sinne einer konservierenden oder konkurrenzschaffenden"¹⁾. Es ist zwar richtig, daß das Parlament nach Erteilung einer Verordnungsermächtigung auch weiterhin zur Regelung der betreffenden Materie zuständig bleibt, aber doch als Gesetz- und nicht als Verordnungsgeber.

Vor allem aber überzeugt das argumentum a maiori ad minus deshalb nicht, weil es von der unhaltbaren Überkommenen Funktionenlehre ausgeht. Die teleologische Auslegung der grundgesetzlichen Gewaltenteilungsbestimmung hat ergeben²⁾, daß zum einen die Funktionenverteilung zwischen Legislative und Exekutive im wesentlichen eine formelle ist und sein muß, weil das Gesetz nicht auf bestimmte Inhalte beschränkt werden kann, und daß zum anderen diese formelle Funktionentrennung streng zu handhaben ist, da sonst das Gewaltenteilungssystem überhaupt aufgelöst würde; denn das Parlament kann nur dann eine Kontrollfunktion gegenüber der Exekutive haben, wenn überhaupt noch eine Trennung zwischen den Gewalten vorhanden ist. Eine Auflösung des Gewaltenteilungssystems erfolgt aber, wenn das Parlament sich die Möglichkeit verschaffen darf, außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens direkt und rechtlich verbindlich in die laufende Verwaltung einzugreifen. Mit solchen Eingriffen setzt sich das Parlament selbst an

1) KLEIN, Übertragung, S. 100.

2) Oben S. 67.

die Spitze der Exekutive. Es kontrolliert dann nicht mehr den Machtapparat der Exekutive, sondern es gebraucht ihn für eine eigene unmittelbare Machtausübung. Das gilt nicht nur hinsichtlich der Einzelakte der Verwaltung, wo die Unzulässigkeit nichtgesetzlicher Eingriffe des Parlaments nahezu unbestritten ist¹⁾, sondern auch für die Rechtsverordnungen. Sie unterscheiden sich wegen des Maßnahmecharakters der meisten Rechtsnormen, gerade der Rechtsverordnungen, nicht mehr wesentlich von den Einzelakten der Verwaltung; auch in Rechtsverordnungen wird weithin zur Aktion geschritten, wird mehr oder weniger direkt Macht ausgeübt. Die Unzulässigkeit nichtgesetzlicher Eingriffe des Parlaments in die laufende Verwaltungsführung muß daher für die gesamte Verwaltungstätigkeit gelten.

Auch das Argument, daß das Grundgesetz die Mitwirkungsvorbehalte angesichts der vor-grundgesetzlichen Gesetzgebungspraxis ausdrücklich verboten hätte, wenn sie nunmehr unzulässig sein sollten, kann nicht überzeugen. Einmal ist es - was oft übersehen wird - zweifelhaft, ob bei der Schaffung des Grundgesetzes überhaupt an die Mitwirkungsvorbehalte der vor-grundgesetzlichen Gesetzgebungspraxis gedacht worden ist²⁾. Zum anderen hat das Grundgesetz die Ermächtigung zur Rechtsetzung an die Verwaltung erstmalig in Art. 80 einer allgemeinen Regelung unterworfen. Es hat die früher üblichen weiten und unbestimmten Ermächtigungen, zu deren Kompensation die Mitwirkungsvorbehalte ja doch entwickelt wurden³⁾, durch

1) Vgl. aber FRIESENHAHN, VVDStRL H. 16, S. 38, der auch insoweit für weitgehende Befugnisse des Parlaments eintritt.

2) So DÖRR, Übertragung, S. 196.

3) Dies übersieht MORAWITZ (Die parlamentarische Zustimmung zu Rechtsverordnungen der Bundesregierung), wenn er meint (S. 48/49), dem Art. 80 GG würde ein vom Grundgesetzgeber nicht beabsichtigter Zweck unterschoben, wenn diese Bestimmung dahin ausgelegt würde, daß sie mit der früheren Praxis der Zustimmungsvorbehalte habe brechen wollen.

die Einführung des Bestimmtheitsgrundsatzes ausgeschlossen. Es liegt daher der Schluß nahe, daß mit Art. 80 GG eine abschließende Sicherung gegen einen Mißbrauch von Rechtsetzungsbefugnissen der Exekutive geschaffen werden sollte¹⁾.

Im übrigen bestehen gegen die zuletzt erörterten Mitwirkungsvorbehalte auch Bedenken aus dem Gesichtspunkt einer klaren Regelung der Verantwortung zwischen Parlament und Regierung²⁾. Ferner dürften derartige Vorbehalte auch die Verantwortungsfreude der Exekutive mindern. Die Exekutive dürfte sich nur ungern einer Arbeit unterziehen, die dann möglicherweise durch ein Veto des Parlaments hinfällig wird³⁾. Schließlich kann bezweifelt werden, ob das Mitwirkungsverfahren arbeitstechnisch und zeitlich überhaupt eine Erleichterung gegenüber dem normalen Gesetzgebungsverfahren darstellt⁴⁾.

Sind parlamentarische Mitwirkungsvorbehalte - soweit sie eine rechtliche Mitwirkung vorsehen - unzulässig, so kann auch die Individualverordnung von der Gewaltenteilung her nicht mehr problematisch werden. Sie wäre es allerdings nach der oben vertretenen Auffassung von der formellen Trennung zwischen Legislative und Exekutive, wonach die Individualakte nicht mehr schlechthin zum "Hausbereich" der Exekutive zu rechnen sind, auch nicht im Falle der Bejahung der Mitwirkungsvorbehalte. Freilich bleiben die "formellen" Rechtsverordnungen problematisch unter dem Gesichtspunkt des "Formenmißbrauchs" und des Rechts-

1) So KIEFER, Die Mitwirkung des Parlaments bei Rechtsverordnungen, S. 76. Vgl. dort (S.77) auch den Hinweis auf die Gefahr einer nachlässigen Handhabung des Art. 80 GG; die Auffassung, daß diese Bestimmung weiter ausgelegt werden kann, wenn dies durch parlamentarische Mitwirkungsvorbehalte kompensiert wird, findet sich insbesondere bei FRIESENHAHN, VVDStRL H. 16, S. 38 Anm. 74; dem ist das BVerfG in BVerfGE 8, 274, 319 ff. mit Recht entgegengetreten.

2) Dazu B.WOLFF, AöR Bd. 78, S. 217.

3) Dazu KIEFER, a.a.O., S. 103.

4) Im einzelnen KLEIN, Übertragung, S. 102 f.

schutzes¹⁾.

IV. Zulässigkeit der Verpflichtung zum Erlaß von Rechtsverordnungen

Ist die (Rechts-) Verordnungsgebung nicht mehr als
(materielle) Gesetzgebung anzusehen, so entfallen
auch die Bedenken gegen die Annahme einer Verpflicht-
barkeit der Exekutive zum Gebrauchmachen von einer

-
- 1) Auf die Gründe, die in bestimmten Fällen auch bei Einzelakten die Wahl der Verordnungsform praktisch erscheinen lassen, wurde bereits hingewiesen (oben S. 37/38). Andererseits kann die Wahl der Verordnungsform bei Einzelakten zu einer Verkürzung des Rechtsschutzes führen, insbesondere dann, wenn ein weiterer Ausführungsakt der Verwaltung, der als Verwaltungsakt angefochten werden könnte und dann auch die Überprüfung der Verordnung auf Grund des richterlichen Inzidentprüfungsrechts ermöglichen würde, nicht mehr ergeht. So etwa in den Fällen der bayerischen Ermächtigungen zu individuellen Organisationsverordnungen (oben S. 39 Anm. 2), wenn z.B. durch Rechtsverordnung der Gebietsbestand bestimmter Gemeinden verändert wird. Die Möglichkeit zu einer abstrakten Anfechtung von Rechtsverordnungen räumt § 47 VwGO nur für Landesverordnungen ein und auch hier nur, soweit sie durch Landesgesetz eingeführt worden ist. Das ist bisher nur in den Ländern Baden-Württemberg (§ 5 AGVwGO v. 22.3.1960, GVBl. S. 94), Bayern (Art. 10 AGVwGO v. 28.11.1960, GVBl. S. 267), Bremen (Art. 7 AGVwGO v. 15.3.1960, GVBl. S. 25) und Schleswig-Holstein (§ 5a AGVwGO i.d.f.d.ÄndG v. 11.2.1961, GVBl. S. 19) geschehen. Für die übrigen Landesverordnungen und für die gesamten Bundesverordnungen verbleibt es - abgesehen von der abstrakten Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht nach Art. 93 GG, die schon wegen der Beschränkung des Antragsrechts hier kaum zum Zuge kommt - bei der allgemeinen richterlichen Inzidentkontrolle, die aber eben nur ermöglicht wird, wenn über die Individualverordnung hinaus noch ein weiterer als Verwaltungsakt anfechtbarer Ausführungsakt ergeht. Die aufgezeigte Problematik kann im Rahmen dieser Arbeit, der es nur um die Gewaltenteilungsproblematik des Verordnungsrechts geht, nicht erschöpfend erörtert werden. Es sei hier nur noch auf die interessanten Entscheidungen des BayVGh vom 20.1.1956 (BayVBl. 1956 S. 121) und vom 30.3.1960 (VerwRspr. 12, 632) hingewiesen, worin gegen individuelle Rechtsverordnungen die Anfechtungsklage für statthaft erklärt worden ist. Anderer Auffassung aber das BVerfG in BVerfGE 2, 307, 312; ferner OBERMAYER, Verwaltungsakt, S. 55/56.

Ermächtigung. Diese Verpflichtbarkeit ist aus praktischen Gründen erforderlich¹⁾ und wird vom Bundesverfassungsgericht mit Recht bejaht²⁾. Die Exekutive hat die Ermächtigungsnorm ebenso auszuführen wie andere Normen auch.

Ebenso wie beim Erlass von Einzelakten bestimmt der Gesetzgeber auch bei der Verordnungstätigkeit das Maß der Gebundenheit bzw. Freiheit der Exekutive. Der Ordnungsgeber hat, wie das Bundesverfassungsgericht mit Recht sagt³⁾, "im wohlverstandenen Sinne der ihm erteilten Ermächtigung zu handeln". Diese Auffassung trägt auch dem durch den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 80 GG bewirkten exekutiven Charakter der Verordnungstätigkeit Rechnung⁴⁾.

Dieser Auffassung steht auch nicht entgegen, daß Art. 80 GG nur von einer **E r m ä c h t i g u n g** spricht; denn diese Bestimmung regelt die Verordnungstätigkeit der Exekutive lediglich von der Befugnis des Parlaments her, nämlich inwieweit das Parlament die Exekutive mit Rechtsetzungsaufgaben betrauen **d a r f**⁵⁾. Die Verpflichtbarkeit der Exekutive ergibt sich aus der allgemeinen Bindung der Exekutive an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG).

V. Keine Verwaltungsverordnungen mit Außenwirkung

Die Anerkennung einer (rechtssatzmäßigen) Außenwirkung von Verwaltungsverordnungen erscheint konsequent, soweit

1) Vgl. oben S. 30.

2) DÖV 1962, S. 103.

3) A.a.O., S. 104.

4) Zugleich allerdings dürfte Art. 80 GG auch die Voraussetzungen für die oben vertretene Auffassung sein; denn im Falle der früher für zulässig gehaltenen weiten und unbestimmten Ermächtigungen könnte eine Verpflichtung der Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen wohl kaum vertretbar sein.

5) Mit Recht betont OBERMAYER (DVBl. 1959, S. 357), daß dem Art. 80 GG lediglich eine Schutzfunktion zugunsten der Legislative zukomme.

es sich um Verwaltungsverordnungen handelt, die im Bereich der gewährenden Verwaltung ergehen. Wenn der vom Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht vertretenen¹⁾ Auffassung zu folgen ist, daß sich der Vorbehalt des Gesetzes nach dem Grundgesetz nur auf die Eingriffsverwaltung erstreckt, so wäre es reiner Formalismus, der Verwaltung zwar die selbständige Befugnis zur Gewährung im Einzelfalle, nicht aber auch die selbständige Befugnis zur generellen Gewährung zuzuerkennen. Denn kann die Verwaltung Leistungen, z.B. Subventionen, im Einzelfalle und auch - soweit ihr die Mittel dafür zur Verfügung stehen - in beliebig vielen Einzelfällen gewähren, so ist sie in der Lage, die generelle Norm punktweise zu ersetzen, indem sie immer bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen bestimmte Leistungen gewährt, so oft diese Voraussetzungen auch gegeben sind. Auf Grund des Gleichheitssatzes kann die Verwaltung dazu unter Umständen sogar verpflichtet sein. Kann die Verwaltung aber die generelle Norm durch Einzelakte punktweise ersetzen und muß sie das unter Umständen sogar auf Grund des Gleichheitssatzes tun, so ist nicht einzusehen, warum die Verwaltung sich nicht schon von vornherein - generell - zur Gewährung von Leistungen verpflichten können soll.

Gerade diese folgerichtige Durchführung der Einschränkung des Gesetzesvorbehalts macht aber deutlich, wie zweifelhaft diese Einschränkung ist. Denn das Grundgesetz geht offensichtlich davon aus, daß Rechtsnormen nur als Gesetze und Rechtsverordnungen (abgesehen von den autonomen Satzungen) dem Bürger gegenüber rechtserheblich sein können, nicht aber auch als Verwaltungsverordnungen. Andernfalls hätte es das im Rechtsstaat so bedeutsame Erfordernis der Veröffentlichung - der Bürger muß von den ihn möglicherweise betreffenden Rechtsnormen ohne Schwierigkeiten Kenntnis nehmen können, um in der Lage zu sein, sein Verhalten darauf einzurichten - nicht nur für Gesetze und

1) Siehe oben S. 37 Anm. 2.

Rechtsverordnungen aufgestellt (Art. 82), sondern auch für Verwaltungsverordnungen¹⁾. Wenn das Grundgesetz aber kein selbständiges Rechtsetzungsrecht der Verwaltung im Außenbereich kennt, so liegt es nahe, nunmehr umgekehrt zu folgern, daß es der Verwaltung auch nicht erlaubt ist, auf dem Gebiet der gewährenden Verwaltung die ihr nicht zukommende Regelung punktweise durch Erlaß von Einzelakten zu ersetzen.

Bereits dies spricht gegen die Auffassung, daß sich der Gesetzesvorbehalt nach dem Grundgesetz nur auf die Eingriffsverwaltung erstreckt. Gegen diese Auffassung spricht ferner nach dem zum Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive Gesagten²⁾ die im modernen Sozialstaat gegebene verstärkte Abhängigkeit des Einzelnen von staatlichen Leistungen. Durch diese Abhängigkeit nähert sich die Leistungsverwaltung geradezu der Eingriffsverwaltung. So führt etwa die Gewährung von Subventionen an wirtschaftliche Unternehmen zu Eingriffen in die Freiheitssphäre sowohl der Subventionsempfänger, die nämlich - da Subventionen nur zur Förderung öffentlicher Zwecke gewährt werden dürfen³⁾ - auf Grund ihres Angewiesenseins auf die Subvention die mit dieser verbundenen Auflagen und Bedingungen erfüllen müssen⁴⁾, als auch derer, die eine Subvention nicht erhalten und deren Wettbewerbschancen gegenüber den Subventionsempfängern sich dadurch vermindern⁵⁾.

-
- 1) Das Grundgesetz geht also offenbar nicht davon aus, daß die Verwaltungsverordnungen - wie der Bundesfinanzhof im Falle der Richtlinien nach § 131 Abs. 2 AO meint (vgl. oben Seite 47) - auch zur Unterrichtung des Bürgers bestimmt sind.
 - 2) Oben S. 57 ff.
 - 3) BVerwG, NJW 1959, S. 1098 f.
 - 4) Vgl. dazu BELLSTEDT, DÖV 1961, S. 168 f.
 - 5) Dazu im einzelnen BELLSTEDT, DÖV 1961, S. 165 ff., der auch auf die Gefahr einer sachlich ungleichen Subventionierung durch die Verwaltung hinweist, wenn diese insoweit nicht dem Gesetzesvorbehalt unterliegt (S.167). Die Gefahr ist jedenfalls größer als bei einer Subventionierung durch den Gesetzgeber, bei der sich Opposition und Öffentlichkeit als hemmende und kontrollierende Faktoren auswirken.

Im Sozialstaat wird daher durch die leistende Staats-tätigkeit kaum weniger Macht ausgeübt als durch die eingreifende. Die Auffassung von der Beschränkung des Gesetzesvorbehalts auf die Eingriffsverwaltung wird daher im neueren Schrifttum mit Recht abgelehnt¹⁾.

Ist der Vorbehalt des Gesetzes auch auf die staatliche Leistungsverwaltung zu erstrecken, so besteht weiter keine Veranlassung, die Unterscheidung zwischen Verwaltungsverordnung und Rechtssatz zu verwischen. Dazu nöti-gen auch nicht Rechtsschutzbedürfnisse, weder der "außen-stehenden", noch der in den besonderen Gewaltverhältnis-sen stehenden Personen. Gegenüber den ersteren können Verwaltungsverordnungen wegen des Vorbehalts des Gesetzes schon keine Rechtswirkungen entfalten²⁾. Um den in beson-deren Gewaltverhältnissen stehenden Personen eine Rechts-

1) Siehe oben S. 37 Anm. 2.

2) Auch dann, wenn sie nach außen dringen, wie etwa in dem von BACHOF (siehe oben S. 47) genannten Fall der Anweisung an die Baubehörden, bestimmte Baustoffe vor-kommendenfalls zu verbieten, besitzen Verwaltungsver-ordnungen keine Rechtswirkungen nach außen. Den mög-licherweise weittragenden tatsächlichen wirtschaft-lichen Folgen eines solchen "Durchsickerns" kann auch ohne eine Anfechtung der innerdienstlichen Weisung hinlänglich begegnet werden, falls diese nicht gerecht-fertigt sein sollte, insbesondere durch eine Feststel-lungsklage; dazu im einzelnen OBERMAYER, Verwaltungs-akt, S. 128/129. Können Verwaltungsverordnungen im Außenbereich keine Rechtswirkungen entfalten, so wird man auch die vom Reichsgericht vorgenommene Herleitung von Dritten gegenüber obliegenden Amtspflichten im Sinne des § 839 BGB aus Verwaltungsverordnungen (vgl. oben S. 44) ablehnen müssen. Ein Verstoß gegen eine Verwaltungsverordnung kann daher - da diese immer nur eine Verpflichtung gegenüber dem Dienstherrn begrün-det - höchstens als Indiz für das Vorliegen einer aus anderen Vorschriften herzuleitenden Amtspflichtver-letzung gewertet werden.

schutzmöglichkeit gegenüber (generellen und individuellen) innerdienstlichen Anordnungen einräumen zu können, bedarf es nicht der Konstruktion, daß die betreffenden Personen - insoweit als ihnen der Rechtsschutz zugebilligt werden soll - als "außenstehende Dritte" betroffen seien. Denn der verwaltungsinterne Bereich ist kein außerrechtlicher und daher grundsätzlich auch einer gerichtlichen Nachprüfung zugänglich. Wenn gleichwohl bei der Rechtsschutzgewährung im besonderen Gewaltverhältnis der Umweg über die Konstruktion des "Außenstehens" gemacht wird, so dürfte dies ein Überbleibsel der Auffassung von der Impermeabilität der Verwaltung¹⁾ sein. Eines solchen Umwegs bedarf es heute nicht mehr. Das besondere Gewaltverhältnis unterscheidet sich von dem allgemeinen nicht dadurch, daß in diesem gegen die Akte der Staatsgewalt gerichtlicher Schutz in Anspruch genommen werden kann und in jenem nicht²⁾, sondern dadurch, daß im besonderen Gewaltverhältnis auch ohne gesetzliche Ermächtigung eine rechtmäßige Ausübung hoheitlicher Staatsgewalt erfolgen kann, im allgemeinen Gewaltverhältnis dagegen nicht³⁾. Gerade diese Unterscheidung zwischen allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis, die also darin besteht, daß die Verwaltung im allgemeinen Gewaltverhältnis dem Gesetzesvorbehalt unterliegt, im besonderen dagegen nicht,

1) Vgl. oben S.40.

2) Allerdings kann fraglich sein, ob und gegebenenfalls in welcher Weise im besonderen Gewaltverhältnis der Rechtsschutz im Interesse eines ordnungsmäßigen Funktionierens der Verwaltung einzuschränken ist (vgl. dazu oben S.48 f.).

3) Die Grenzen der Gewaltunterworfenheit im besonderen Gewaltverhältnis sind allerdings schwer zu bestimmen. insbesondere ist auch die übliche Grenzziehung vom Zweck des betreffenden Gewaltverhältnisses her äußerst problematisch; so mit Recht IARTSCH, Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, S.24 ff., der darauf hinweist, daß darüber, welche (Grundrechts-) Einschränkungen im Interesse einer geordneten Verwaltung unerläßlich sind, sich nach Temperament und Freiheitsbewußtsein sehr verschiedene Auffassungen ver-

verbietet es zudem, einerseits die Personen des besonderen Gewaltverhältnisses in bestimmten Fällen aus Rechtsschutzgründen als "außenstehende Dritte" zu betrachten, andererseits aber die sie betreffenden Hoheitsakte nicht zugleich dem Vorbehalt des Gesetzes zu unterwerfen. Auch hier zeigt sich, daß die fortschreitende Grenzverwischung zwischen den beiden Normkategorien (Rechtssatz und Verwaltungsverordnung) - worauf OBERMAYER hingewiesen hat¹⁾ - den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus den Angeln hebt. Der Grenzverwischung zwischen Rechtssatz und Verwaltungsverordnung ist daher mit OBERMAYER²⁾ entschieden entgegenzutreten.

S c h l u ß b e m e r k u n g

Durch das Auseinanderfallen von (herkömmlicher) Gewaltenteilungstheorie und Gewaltenteilungspraxis droht das Gewaltenteilungsprinzip selbst mehr und mehr in eine nur akademische Existenz hineinzugeraten³⁾. Wenn deshalb mit der vorliegenden Arbeit der Versuch unternommen wurde, zu einer Übereinstimmung zu gelangen, so steht hinter der

treten lassen (a.a.O., S. 26). Indessen erscheint es mir aber zu weitgehend, wenn vereinzelt im neueren Schrifttum die Berechtigung der Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses überhaupt bestritten wird (vgl. etwa SPANNER, DÖV 1963, S. 29 ff., der die Auffassung vertritt, die Theorie der Gewaltverhältnisse gehöre "im demokratischen Rechtsstaat schon längst mit Fug und Recht über Bord geworfen").

1) JZ 1962, S. 64 ff., 65.

2) A.a.O.

3) Kennzeichnend hierfür ist die außerordentliche Zurückhaltung der Gerichte - nicht nur des BVerwG, für das BACHOF (JZ 1962, S. 353) diese Feststellung getroffen hat - bei der Heranziehung des Gewaltenteilungsgrundsatzes.

dogmatischen Zielsetzung die rechtsstaatliche Notwendigkeit, das Gewaltenteilungsprinzip wenigstens dort vor einer Verweisung in den Bereich unverbindlicher politischer Maximen zu bewahren, wo es auch heute noch Substanz besitzt. Schon deshalb ist es keine "unfruchtbare Begriffsjurisprudenz", die Frage der Einordnung des Verordnungsrechts in das Gewaltenteilungssystem zu erörtern¹⁾, ganz abgesehen davon, daß - wie der Verfasser aufgezeigt zu haben meint - mit der Lösung der dogmatischen Probleme die Lösung einer Reihe von praktischen Rechtsfragen zusammenhängt.

1) So aber THOMA (HdbDStR II, S. 227 Anm. 16) zu der Frage, ob mit der Ermächtigung der Exekutive zu Rechtsverordnungen eine Übertragung gesetzgebender Gewalt oder eine Erweiterung der administrativen stattefinde.

L e b e n s l a u f

Am 4. Februar 1935 wurde ich als Sohn des Mittelschullehrers Harry Sturmhöfel und seiner Ehefrau Christine, geb. Schmidt, in Berlin geboren. Hier besuchte ich von 1941 ab die Volksschule. Nach Übersiedlung der Familie nach Lübeck-Travemünde im Jahre 1947 besuchte ich zunächst die dortige Mittelschule und sodann das Johanneum zu Lübeck - Oberschule für Jungen, wo ich im Frühjahr 1955 die Reifeprüfung bestand. Anschließend studierte ich in München, Hamburg und Saarbrücken Rechtswissenschaft. Am 6. August 1959 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in München die erste juristische Staatsprüfung. Von Oktober 1959 ab leistete ich in Schleswig-Holstein und zum Teil als Gastreferendar in Rheinland-Pfalz den juristischen Vorbereitungsdienst. In dieser Zeit war ich auch an den Universitäten Kiel und Mainz eingeschrieben. Am 6. Februar 1964 bestand ich vor dem Gemeinsamen Prüfungsamt in Hamburg die Große juristische Staatsprüfung.

Seit Mai 1964 befinde ich mich im höheren Justizdienst des Landes Schleswig-Holstein. Zur Zeit bin ich als wissenschaftlicher Hilfsarbeiter an das Bundesverwaltungsgericht abgeordnet.

Einleitung

Im Jahre 1914 wurde die erste Ausgabe des
Verzeichnisses der in der Provinz
Pommern vorhandenen Museen veröffentlicht.
Dieses Verzeichnis ist seitdem in der
vierten Ausgabe erschienen. Die in der
vierten Ausgabe enthaltenen Angaben sind
auf Grund der in der Zwischenzeit
erfolgten Veränderungen in der
Museumswelt in der Provinz Pommern
aktualisiert worden. Die in der
vierten Ausgabe enthaltenen Angaben
sind in der Zwischenzeit in der
vierten Ausgabe aktualisiert worden.
Die in der vierten Ausgabe enthaltenen
Angaben sind in der Zwischenzeit
aktualisiert worden. Die in der
vierten Ausgabe enthaltenen Angaben
sind in der Zwischenzeit aktualisiert
worden. Die in der vierten Ausgabe
enthaltenen Angaben sind in der
Zwischenzeit aktualisiert worden.

